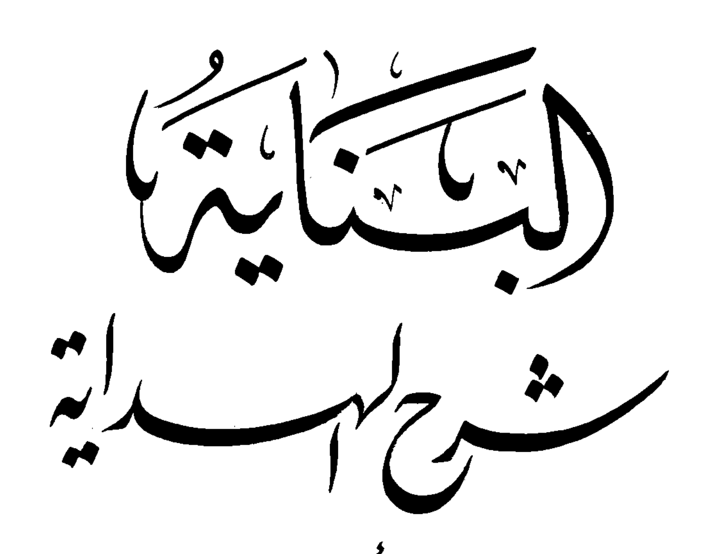


البناية شرح الهداية

تأليف

محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن الحسين

المعروف ببدر الدين العيني الحنفي

المتوفى سنة ٨٥٥ هـ

تحقيق

أيمن صالح شعبان

مدير مركز تحقيق النصوص

الجزء السادس

منشورات

محمد علي بيضون

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

الطبعة الأولى

١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

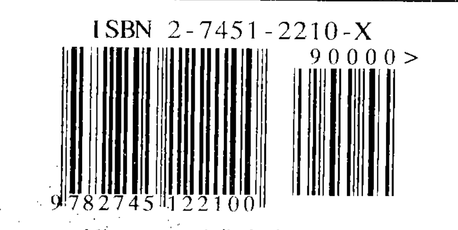
العنوان : رمل الظريف . شارع البحتري . بناية ملكارت
هاتف و فاكس : ٣٦٤٣٩٨ . ٣٦٦١٣٥ . ٣٧٨٥٤١ (١ ٩٦١) ٠٠
صندوق البريد : ٩٤٢٤ . ١١ بيروت . لبنان

DAR al-KOTOB al-ILMIYAH

Beirut - Lebanon

Address : Ramel al-Zarif, Bohtory st., Melkart bldg., 1st Floor
Tel + Fax : 00 (961 1) -378541 - 366135 - 364398
P.O.Box : 11 - 9424 Beirut - Lebanon

ISBN 2-7451-2210-X



http://www.al-ilmiyah.com.lb/
e-mail : sales@al-ilmiyah.com
info@al-ilmiyah.com

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب العتاق

م: (كتاب العتاق)

ش: أي هذا كتاب في بيان أحكام العتـاق ، والمناسبة في ذكـر العتاق بعد الطلاق لأنهما يتساويان في إسقاط السراية واللزوم ، ولا يقبل العتق الفسخ كالطلاق ، إلا أنه قدم الطلاق على العتـاق ، مع أنه غيـر مندوب إليـه بمقابلة ذكـر النكاح ، وقـد قلنا : إن العتـاق إسقـاط الحق ، والإسقاطات أنواع يختلف أسماؤها باختلاف أنواعها ، فإسقاط الحق من الرق عتق ، وإسقاط الحق عن البضع طلاق، وإسقاط ما في الذمة براءة، وإسقاط الحق عن القصاص والجراحات عفو .

ثم العتاق والعتق عبارتان عن القوة ، يقال : عتق الطائر إذا قوي فطار عن وكره، ومنه عتاق الطير لاختصاصها بمزيد القوة ، والخمرة إذا تقادم عهدها تسمى عتيقًا لاختصاصها بزيادة القوة . والكعبة تسمى عتيقًا لاختصاصها بالقوة الدافعة للتملك عن نفسها وخلاصها من أيدي الجبابرة ، والعتيق الجميل، ومنه تسمى أبو بكر رضي الله تعالى عنه عتيقًا ؛ لجماله ، وقيل : لقدمه في الخير، وقيل: لعتقه من النار، وقيل: لشرفه . وقيل : قالت أمه لما وضعته هذا عتيقك من الموت، فوهبته له ، وكانت لا يعيش لها ولد . أو قيل اسمه العلم . يقال أعتق يعتق عتقًا وعتاقًا ، وأعتقه سيده إعتاقًا . وفي «الصحاح»: العتق الحرية ، وكذا العتاق بفتح العين ، والعبد عتيق أي معتق وفي «المغرب»: العتق الخروج عن الملكية ، وقد يقام العتق مقام الإعتاق، ومنه قول محمد أنت طالق مع عتق مولاك إياك .

وفي « المبسوط» : الإعتاق لغة إثبات القوة ، وفي الشرع إثبات القوة الشرعية بإزالة الرق الشرعي. والقوة الشرعية ، كونه أهلاً للقضاء والولاية والشهادة ، قادر على التصرف في الأغيار، وعلى دفع تصرف الأغيار عن نفسه .

وقال الأترازي: الإعتاق إزالة ملكه [. . .] زوال إلى العتق ، وهذا عند أبي حنيفة . والعتق الحرية الحاصلة بعد الملك ، وقالا : الإعتاق إثبات العتق ، والملك عبارة عن المطلق الحاجر . والرق عبارة عن معنى إذا ثبت في الآدمي يصح تملكه، انتهى .

والحرية عبارة عن الخلوص ، يقال : طين حر . أي خالص مما يشوبه ، وأرض حرة أي خالصة لا خراج [في] غلتها ولا عشر .

وفي الشرع : الحرية خلوص حكمي يظهر في الآدمي بانقطاع حق الاعتبار عن نفسه وإثبات هذا الوصف الحكمي يسمى إعتاقًا وتحريراً . ومن محاسنه أنه إحياء حكمي يخرج العبد عن كونه ملحقًا بالجمادات إلى كونه أهلاً للكرامات البشرية من قبول الشهادة والولاية والقضاء . ثم العتق

الإعتاق تصرف مندوب إليه ، قال عليه السلام : « أيما مسلم أعتق مؤمنًا أعتق الله بكل عضو منه عضوًا من النار»

يحتاج إلى معرفة أشياء : [وهي] معرفة تفسيره ؛ لغة وشرعًا ، وقد ذكرناهما ، وسببه وشرطه وركنه وحكمه وحقيقته وأنواعه .

فسببه : نوعان في الواجبات ما شغل ذمته بوجوب الإعتاق من النذور والكفارات . وفي غير الواجبات هو ملك القريب ، والنشاط الداعي إليه في نفسه من طلب الثواب ، أو طلب رضاء غيره .

وشرطه : أن يكون المعتق حرًا بالغًا عاقلاً مالكًا لملك اليمين .

وركنه : ما ثبت به العتق ، وهو نوعان صريح وكناية .

وحكمه : زوال الرق والملك عن المحل .

وصفته : أنه مندوب إليه لكنه ليس بعبادة حتى يصح من الكافر .

وأنواعه : المرسل والمعلق والمضاف إلى ما بعد الموت ، وكل منها إما ببدل أو بغيره .

م: **(الإعتاق تصرف مندوب إليه)** ش: يقال ندبه للأمر فانتدب ، أي دعاه له فأجاب م: **(قال عليه السلام)** ش: أي قال النبي ﷺ : م: **(أيما مسلم أعتق مؤمنًا أعتق الله بكل عضو منه عضوًا من النار)** ش: هذا الحديث أخرجه الأئمة الستة في كتبهم عن سعد بن مرجانة عن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ أيما امرئ مسلم أعتق امرءًا مسلمًا استنقذ الله بكل عضو منه عضوًا من النار . وفي لفظ : «من أعتق رقبة أعتق الله بكل عضو منها عضوًا من أعضائه من النار حتى الفرج بالفرج» ، وذكر البخاري في كتاب النذر : وينبغي أن لا يكون أشل ولا أعور ولا أصم وغير ذلك لينال بذلك ما وعد الله في الحديث ، يقول : حتى الفرج بالفرج . وثبت في الحديث أنه ﷺ قال : أفضلها أعلاها ، روي بعين مهملة ، وبغين معجمة . لو كان العبد اليهودي أو النصراني أكثر ثمنًا من المسلم فإعتاق اليهودي والنصراني أفضل من المسلم عند مالك لظاهر الحديث . وقال أصبغ : المسلم أفضل ، وهو الحق لقوله عليه السلام أيما رجل أعتق مسلمًا . وقال عبد الملك أعلاها ثمنًا في ذوي الدين ، ولو غلب على ظنه أنه لو أعتقه يذهب إلى دار الحرب أو يرتد أو يخاف منه السرقة أو قطع الطريق كان إعتاقه محرمًا وينفذ عتقه . وفي « المحيط» وغيره : الإعتاق على ثلاثة أقسام قربة ومباح ومعصية ، فالقربة لوجه الله تعالى ، والمباح هو العتق لزيد ، والمعصية الإعتاق لوجه الشيطان ، أو للصنم ، وعند الظاهرية لا يعتق في هذا الوجه . وفي « التحفة» : الإعتاق أنواع قد يكون قربة وطاعة لله تعالى بأن أعتق لوجه الله تعالى ، أو نوى كفارة عليه ، وقد يكون مباحًا غير قربة ، بأن أعتق من غير نية أو أعتق لوجه فلان ، وقد يكون معصية ، بأن قال : أنت حر لوجه الشيطان ، ويقع العتق أيضًا ، ومال العبد لمولاه عند الجمهور ، وعند الظاهرية للعبد ، وهو

ولهذا استحبوا أن يعتق الرجل العبد ، والمرأة الأمة ليتحقق مقابلة الأعضاء بالأعضاء . قال: العتق يصح من الحر البالغ العاقل في ملكه شرط الحرية ، لأن العتق لا يصح إلا في الملك ، ولا ملك للملوك ، والبلوغ ؛ لأن الصبي ليس من أهله؛ لكونه ضرراً ظاهراً ، ولهذا لا يملك المولى عليه .

قول الحسن وعطاء والنخعي والشعبي ومالك وأهل المدينة ؛ لما روي عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما أنه عليه السلام قال : « **من أعتق عبدًا وله مال فالمال للعبد** »[1] رواه أحمد. وكان عمر رضي الله عنه إذا أعتق عبدًا لم يتعرض لماله .

وللجمهور ما روي عن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه أنه قال لغلامه يا عمير إني أريد أن أعتقك عتقًا وهبًا فأخبرني بمالك ، فإني سمعت رسول الله ﷺ يقول : « **أيما رجل أعتق عبده أو غلامه فلم يخبره بماله فماله لسيده** »[2] رواه الأثرم ، ويدل عليه قوله عليه السلام : « **من باع عبدًا وله مال فماله لبائعه** »[3] ، وقال الوليد : هذا الحديث خطأ ، وفعل عمر رضي الله تعالى عنه من باب التنفيل .

م: (**ولهذا**) ش: أي ولكون العضو في مقابلة العوض في الإعتاق م: (**استحبوا**) ش: أي العلماء م: (**أن يعتق الرجل العبد ، والمرأة والأمة ليتحقق مقابلة الأعضاء بالأعضاء**) ش: ومقابلة الفرج بالفرج، إنما تتحقق بين الذكرين، وبين الأنثيين ، بخلاف ما إذا كان بين الذكر والأنثى .

م: (**قال**) ش: أي القدوري في «مختصره» م: (**والعتق يصح من الحر العاقل البالغ في ملكه**) ش: الذي يدل عليه كلام القدوري أن لصحة الإعتاق أربع شرائط . الأول : الحرية ، والثاني : العقل، والثالث : البلوغ ، والرابع : أن يكون العبد في الملك ، وشرحها المصنف كما ترى فقال م: (**شرط**) ش: أي القدوري م: (**الحرية لأن العتق لا يصح إلا في الملك ، ولا ملك للمملوك والبلوغ**) ش: بالنصب ، أي وشرط البلوغ م: (**لأن الصبي ليس من أهله**) ش: أي من أهل العتق ، أي الإعتاق م: (**لكونه**) ش: أي لكون الإعتاق ضررًا في حقه م: (**ضررًا ظاهرًا**) ش: أي في حقه م: (**ولهذا**) ش: أي ولأجل كون الإعتاق م: (**لا يملك المولى عليه**) ش: أي على الإعتاق عنه ، وكذا الوصي ، وإنما قلنا أي الإعتاق ؛ لأن الصبي من أهل العتق ، ألا ترى أنه لو ورث أخاه يعتق عليه، يدل على أنه من أهل العتق ، ولكنه ليس من أهل الإعتاق .

---

(١) رواه ابن ماجة (٢/ ٨٤٥) من طريق سعيد بن أبي مريم أنبأنا الليث بن سعد عن عبيد الله بن أبي جعفر عن بكير ابن الأشج عن نافع عن ابن عمر ، مرفوعاً، وفيه إلا أن يشترط السيد ماله ، فيكون له ، قلت : وهذا إسناد صحيح .

(٢) رواه ابن ماجة (٢/ ٨٤٥) ، وإسناده ضعيف ، فيه إسحاق بن إبراهيم ، وجده عمير ، وهما مجهولان . انظر ضعيف ابن ماجة (صـ٢٠٠) .

(٣) أخرجه أحمد (٢/ ١٥٠) من طريق عبد الرزاق ثنا معمر عن الزهري عن سالم عن ابن عمر ، مرفوعاً . قلت : وهذا إسناد صحيح .

والعقل ؛ لأن المجنون ليس بأهل للتصرف ، ولهذا لو قال البالغ أعتقتك وأنا صبي فالقول قوله ، وكذا لو قال المعتق: أعتقت وأنا مجنون ، وجنونه كان ظاهراً ؛ لوجود الاستناد إلى حالة منافية ، وكذا لو قال الصبي :كل مملوك أملكه فهو حر إذا احتلمت لأنه ليس بأهل لقول ملزم ، ولا بد أن يكون العبد في ملكه حتى لو أعتق عبد غيره لا ينفذ عتقه لقوله عليه السلام: «لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم » ، وإذا قال لعبده أو أمته:أنت حر أو معتق أو عتيق أو محرر أو قد حررتك أو قد عتقتك ، فقد أعتق ، نوى به العتق أو لم ينو ؛ لأن هذه الألفاظ صريحة فيه لأنها مستعملة فيه شرعاً وعرفاً ، فأغنى ذلك عن النية والوضع

م: (**والعقل**) ش: بالنصب أيضًا أي وشرط العقل م: (**لأن المجنون ليس من بأهل للتصرف ، ولهذا**) ش: أي ولكون الصبي غير أهل للتصرف م: (**لو قال البالغ : أعتقتك وأنا صبي فالقول قوله**) ش: لأنه لما أسند إلى حالة منافية للإعتاق كان إنكاراً منه للإعتاق ، والقول للمنكر .

م: (**وكذا لو قال المعتق أعتقت وأنا مجنون**) ش: يعني يكون القول قوله ، ولكن فيه شرط ، أشار إليه بقول م: (**وجنونه كان ظاهرًا**) ش: قيد به لأن جنونه لو لم يكن ظاهرًا لا يسمع كلامه ، وقوله م: (**لوجود الاستناد إلى حالة منافية**) ش: أي للإعتاق ، وهذا التعليل يشمل الفصلين ، أعني فصل دعوى البالغ الإعتاق في حالة الجنون[. . .] م: (**وكذا**) ش: أي ولا يصح العتق م: (**لو قال الصبي :كل مملوك أملكه فهو حر إذا احتلمت ، لأنه ليس بأهل لقول ملزم**) ش: يعني لأن الصبي يوجب الحجر عن الأقوال .

فإن قيل : لا نسلم بذلك بل هو أصل له ، ألا ترى أن صبيًا لو أقر بالرق لزمه ، حتى لو ادعى بعد البلوغ حرية الأصل لا يسمع دعواه . أجيب بأن اللزوم ثمة هو يد صاحب اليد ، وإقراره مؤكد مؤبد له م: (**ولا بد أن يكون العبد في ملكه**) ش: يعني وقت الإعتاق ، وهو قول الجمهور ، وقال مالك : إنه يعتق عبد ابنه الصغير ، وليس له أن يعتق عبد ابنه الكبير م: (**حتى لو أعتق عبد غيره لا ينفذ**) ش: إنما قال لا ينفذ ، ولم يقل : لا يصح ، ولا يجوز ، لأن إعتاق ملك الغير صحيح ، وينفذ بإجازة المالك عندنا ، ولا ينفذ بغير إجازته م: (**لقوله عليه السلام**) ش: أي لقول النبي ﷺ م: (**لا عتق فيما لا يملك ابن آدم**) ش: هذا الحديث أخرجه أبو داود والترمذي عن عامر الأحول عن عمرو ابن شعيب ، عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله ﷺ « **لا نذر لابن آدم فيما لا يملك** »[(1)] . وقال الترمذي : حديث حسن صحيح . م: (**وإذا قال لعبده أو أمته: أنت حر أو معتق أو عتيق أو محرر أو قد حررتك أو قد أعتقتك ، فقد أعتق ، نوى به العتق أو لم ينو؛ لأن هذه الألفاظ صريحة فيه**) ش: أي في الإعتاق ، ولا خلاف فيه لأحد م: (**لأنها مستعملة فيه شرعًا وعرفًا ، فأغنى ذلك عن النية**) ش: لأن هذه الألفاظ صريحة فلا تحتاج إلى النية م: (**والوضع**) ش: أي وضع هذه الألفاظ .

---

(١) سبق تخريجه .

وإن كان في الإخبار فقد جعل إنشاء في التصرفات الشرعية للحاجة كما في الطلاق ، والبيع وغيرهما ، ولو قال عنيت به الإخبار بالباطل أو أنه حر من العمل صدق ديانة ؛ لأنه يحتمله ولا يدين قضاء لأنه خلاف الظاهر . ولو قال له : يا حر يا عتيق ، يعتق ؛ لأنه نداء بما هو صريح في العتق،وهو لاستحضار المنادى بالوصف المذكور ، هذا هو حقيقته فيقتضي تحقق الوصف فيه ، وأنه يثبت من جهته فيقتضي ثبوته تصديقاً له ، وسنقرره من بعد إن شاء الله تعالى ، إلا إذا سماه حرًا ثم ناداه يا حر ؛ لأن مراده الإعلام باسم علمه وهو ما لقبه به . ولو ناداه بالفارسية يا آزاد وقد لقبه بالحر، قالوا يعتق ، وكذا عكسه إذ ليس فيه نداء باسم علمه فيعتبر إخباراً عن الوصف

م: (**وإن كان في الإخبار**) ش: في الأصل لأنه صورة الإخبار م: (**فقد جعل**) ش: أي هذا الوضع م: (**إنشاء في التصرفات الشرعية للحاجة**) ش: أي لحاجة الناس م: (**كما في الطلاق**) ش: فإن قوله: أنت طالق، إخبار في الأصل ، ولكنه جعل إنشاء لحاجة الناس إليه م: (**والبيع**) ش: أي وكما في البيع ، فإن قول البائع : بعت ، وقول المشتري: اشتريت ، إخبار في الأصل ، ولكنه جعل إنشاء م: (**وغيرهما**) ش: مثل الإجازة ونحوها م: (**ولو قال عنيت به الإخبار**) ش: أي لو قال قصدت به ، أي بلفظ من الألفاظ المذكورة الإخبار م: (**بالباطل**) ش: أي بالكذب م: (**أو أنه حر من العمل**) ش: أي أو قال قصدت به أنه حر من العمل أي لا أستعمله في عمل م: (**صدق ديانة**) ش: أي فيما بينه وبين الله تعالى م: (**لأنه يحتمله**) ش: أي يحتمل ما قصده باعتبار وضعه الأصلي م: (**ولا يدين قضاء**) ش: أي ولا يصدق من حيث القضاء م: (**لأنه خلاف الظاهر**) ش: لأن الظاهر أنه إنشاء ، والإنشاء إثبات أمر لم يكن .

م: (**ولو قال له: يا حر ، يا عتيق ؛ يعتق ، لأنه نداء بما هو صريح في العتق وهو**) ش: أي النداء م: (**لاستحضار المنادى بالوصف المذكور**) ش: وهو الحرية م: (**هذا هو حقيقته**) ش: أي حقيقة المنادى بما هو موضوع للحرية م: (**فيقتضي تحقق الوصف فيه**) ش: أي تحقق هذا الوصف فيه ، وهو الحرية م: (**وأنه يثبت من جهته**) ش: أي وإن الوصف ، وهو الحرية يثبت من جهة المنادي م: (**فيقتضي ثبوته**) ش: أي ثبوت الوصف م: (**تصديقًا له**) ش: أي لكلامه م: (**وسنقرره من بعد إن شاء الله تعالى**) ش: أي في مسألة يا ابني يا أخي م: (**إلا إذا سماه حراً**) ش: هذا استثناء من قوله يعتق إلا إذا سمى عبده بلفظ حر .

م: (**ثم ناداه يا حر**) ش: فإنه لا يعتق م: (**لأن مراده الإعلام باسم علمه وهو ما لقبه به**) ش: فلا يكون إنشاء للحرية . م: (**ولو ناداه بالفارسية يا آزاد**) ش: بفتح الهمزة وبالزاء المخففة وبالدال المهملة م: (**وقد لقبه بالحر**) ش: أي والحال أنه قد لقب عبده بهذا اللفظ م: (**قالوا**) ش: أي قال المشائخ م: (**يعتق ، وكذا عكسه**) ش: يعني إذا ناداه بقوله يا حر وقد سماه آزاد يعتق م: (**إذ ليس فيه نداء باسم علمه**) ش: أي لأنه لم يناده باسم علمه م: (**فيعتبر إخباراً عن الوصف**) ش: أي الحرية لأنه

وكذلك لو قال رأسك حـر، ووجهك ، فيعتبر إخباراً عن الوصف ، وكـذا لو قال : رأسك حر، ووجهك ، أو رقبتك أو بدنك ، أو قال لأمته: فرجك حـر ، لأن هذه الألفاظ يعبر بهـا عن جميع البدن وقد مـر في الطلاق ، وإن أضافه إلى جزء شـائع يقع في ذلك الجزء ، وسيأتيك الاختلاف فيـه إن شاء الله تعالـى ، وإن أضافه إلى جـزء معين لا يعبـر به عن الجملة كاليـد والرجل لا يقع عندنا ، خلافـاً للشافعي -رحمـه الله- ، والكلام فيه كالكلام في الطلاق وقـد بيناه . ولو قال :لا ملك لي عليك ونوى به الحرية عـتق ، وإن لم ينو لم يعتق لأنه يحـتمل أنه أراد لا ملك لي عليك لأني بعتك ، ويحتمل لأني أعتقتك ، فلا يتعين أحدهما مراداً إلا بالنية .

روى المعنى الذي وضع اللفظ له . وإذا قـال لعبـده : يا آزاد مـرد ، اختلف المشـائخ فيـه ، قـال بعضهم : يعتق، وقال بعضهم لا يعتق ، وبه قال الفقيه أبو الليث في النوازل ، لأنه إذا قيل آزاد يراد به العتق ، وإذا قيل آزاد مرد يراد به الإنسانية ولا يراد به العتق .

م: (**وكذلك**) ش: أي وكذلك يعتق م: (**لو قال رأسك حر أو وجهك أو رقبتك أو بدنك أو قال لأمتـه فرجك حـر ، لأن هذه الألفاظ يعبر بهـا عن جمـيع البدن وقد مـر في الطلاق**) ش: بأنه إذا قـال رأسك طالق أو وجهك طالق ، وقد مر فيه كتاب الطلاق م: (**وإن أضافه**) ش: أي الإعتاق م: (**إلى جزء شائع**) ش: كالنصف والثلث وما أشبه ذلك م: (**يقع في ذلك الجزء**) أي يقع العتق في ذلك الجزء الشائع ثم يؤدي إلى الجميع كمن أعتق بعض جاريته م: (**وسيأتيك الاختـلاف فيه إن شاء الله تعالى**) ش: يريد به الاختلاف في مجرى الإعتاق عند أبي حنيفة وصاحبيه على ما نذكره إن شاء الله تعالى .

م: (**وإن أضافـه**) ش: أي وإن أضاف الإعتاق م: (**إلى جزء مـعين لا يعبر به عن الجملة كـاليد والرجل**) ش: فإنهما لا يعبر بهما عن البدن م: (**لا يقع عندنا خـلافًا للشـافعي -رحمـه الله-**) ش: وزفر -رحمه الله- وأحمد أيضًا م: (**والكلام فيه**) ش: أي في الإعتاق م: (**كالكلام في الطلاق وقد بيناه**) ش: أي في باب إيقاع الطلاق ، وفي « المنتقى» قال لعبده: ذكرك حر، يعتق ، ولو قـال : فرجك حر، قيل: يعتق كالأمة . وقال محمد : لا يعتق ، لأن فرجه لا يعبر به عن جميع البدن ، بخلاف الأمة . ولو قال لأمته : فرجك حر عن الجماع ، عتقت . وفي « المحيط» : لو قال: ذكرك حر، أو رأسك حر ، أو قال لأمته ، ذكر ابن سماعة: أنه يعتق كالفرج . وقيل : لا يعتق ، وهو الأصح ، ومثله جزؤك ، ولو قال: عنقك حر، قيل: لا يعتق كالمدبر، وقيل: يعتق كالرقبة . ولو قال : لسانك حر ، يعتق ، وفي الدم روايتان .

م: (**ولو قـال لا ملك لي عليـك ، ونوى به الحـرية يعـتق ، وإن لم ينو لا يعـتق**) ش: لأنه من الكنايات، ونص أحمد صريح م: (**لأنه يحتمل أنه أراد لا ملك لي عليك ، لأني بعتك ، ويحتمل لأني عتقتك ، فلا يتعين أحدهما مرادًا إلا بالنية**) ش: وكذا لا رق لي عليك ، وقيل: فيه روايتان . ولو

وقال وكذا كنايات العتق ، وذلك مثل قوله: خرجت من ملكي، ولا رق لي عليك ولا سبيل لي عليك ، وقد خليت سبيلك ؛ لأنه يحتمل نفي السبيل والخروج عن الملك ، وتخلية السبيل بالبيع والكناية كما يحتمل بالعتق فلا بد من النية

قال لعبده هذا عبد الله ، أو يا عبد الله لا يعتق ، لأنه صادق . وفي المرغيناني : قال لعبده أعتقتك لله ، يعتق . وقيل : يعتق بالنية ، والمختار الأول .

ولو قال : العتاق عليك يعتق . ولو قال : عتقك علي واجب ، لا يعتق ، بخلاف الطلاق ؛ لأنه واجب بالوقوع ، ولو قال : تصبح حرًا فهذا عتق مضاف إلى الغدو . ولو قال : تقوم حرًا وتقعد حرًا يعتق في الحال . ونقل صاحب « الأجناس» عن «نوادر ابن رستم » عن محمد : لو قال لمملوكه أنت غير مملوك لا يكون عتقًا ، لكن ليس له أن يدعيه ، وقال في «خلاصة الفتاوى» ليس له أن يستخدمه ، فإن مات لا يرث بالولاء . وإن قال المملوك بعد ذلك أنا مملوك له فصدقه كان مملوكًا . وقال فيه أيضًا وكذا لو قال : هذا ليس بعبدي لا يعتق .

م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**وكذا كنايات العتق**) ش: أي وكذا يقع بها العتق إذا وجدت النية وإلا فلا م: (**وذلك**) ش: إشارة إلى تفسير ما ذكره القدوري م: (**مثل قوله خرجت من ملكي ، ولا رق لي عليك ، ولا سبيل لي عليك ، وقد خليت سبيلك ؛ لأنه يحتمل نفي السبيل والخروج عن الملك، وتخلية السبيل بالبيع والكناية كما يحتمل بالعتق ، فلا بد من النية**) ش: لتعين المراد . وقال في «التحفة» : في قول لا سبيل لي عليك إن نوى العتق ومات لم ينو يصدق في القضاء ، لأنه لفظ مشترك إلا إذا قال : لا سبيل لي عليك إلا سبيل الولاء فهو حر في القضاء ، ولا يصدق أنه أراد به غير العتق ، ولو قال : إلا سبيل الموالاة يصدق في القضاء ؛ لأنه قد يراد به الموالاة في الدين بخلاف لفظ الولاية ، فإنه يستعمل في ولاء العتق .

وقال القدوري في شرحه : فإن لم ينو في قوله لا سبيل لي عليك إلا سبيل الولاء فهو حر في القضاء، ولا يصدق أنه أراد به غير العتق، ولو قال: إلا سبيل الموالاة يصدق في القضاء، لأنه قد يراد به المولاة في الدين ، بخلاف لفظ الولاية فإنه يستعمل في ولاء العتق . وقال القدوري في شرحه : فإن لم ينو في قوله لا سبيل لي عليك فهو رقيق لأن المولى قد يقول لعبده : لا سبيل لي عليك بالدم ، لأنك وفيت بالخدمة وفعلت ما أمرتك . وقد يقول لا سبيل لي عليك لأني كاتبتك فزالت يدي عنك، ولا سبيل لي عليك لأني أعتقتك ، فإذا احتمل اللفظ العتق وغيره لم يقع إلا بالنية ، انتهى، وقيل في لا سبيل لي عليك ، لأن السبيل المضاف إلى العبد كناية عن الملك ، لأنه طريق إلى نفاذ التصرف فيه ، ولو نفى الملك بأن قال : لا ملك لي عليك ونوى العتق .

فإن قيل : زوال اليد إما أن يكون ملزومًا لزوال الملك أو لازمًا له ، فإن كان الأول فليكن مجازًا ، لأن المجاز ذكر الملزوم وإرادة اللازم ، وإن كان الثاني فليكن كناية عن الكناية ذكر اللازم

وكذا قوله لأمته :قد أطلقتك ؛ لأنه بمنزلة قوله خليت سبيلك ، وهو المروي عن أبي يوسف - رحمه الله- بخلاف قوله طلقتك على ما نبين من بعد إن شاء الله تعالى . ولو قال : لا سلطان لي عليك ونوى العتق لم يعتق ، لأن السلطان عبارة عن اليد ، وسمي السلطان به لقيام يده ، وقد يبقى الملك دون اليد كما في المكاتب بخلاف قوله لا سبيل لي عليك ، لأن نفيه مطلقاً بانتفاء الملك ، لأن للمولى على المكاتب سبيلاً ، فلهذا يحتمل العتق .

وإرادة الملزوم . فالجواب أنه ليس بملزوم لزوال الملك لانفكاكه عنه، كما في المكاتب ، ولا يلازم لانفكاكه زوال الملك عنه ، فإن الملك يزول بالبيع قبل التسليم واليد باق إلى أن يسلم .

م: (**وكذا قوله لأمته قد أطلقتك**) ش: أي كذا هذا اللفظ أيضًا من كنايات العتق . فإذا نوى العتق عتقت وإلا فلا م: (**لأنه بمنزلة قوله خليت سبيلك ، وهو المروي عن أبي يوسف - رحمه الله -، بخلاف قوله طلقتك**) ش: حيث لا يثبت به العتق وإن نوى ، لأنه صريح في الطلاق ، فلا يثبت به العتق م: (**على ما نبين من بعد إن شاء الله تعالى**) ش: أراد به عند قوله لأمته أنت طالق.

م: (**ولو قال : لا سلطان لي عليك ونوى العتق لم يعتق ، لأن السلطان عبارة عن اليد**) ش: فيه تسامح ، بل هو عبارة عن صاحب اليد والسلطنة ، كذا قال الكاكي ، وقال الأكمل : يقال لفلان سلطنة ، ويراد بها القدرة الثانية من حيث اليد والاستيلاء ففيه نفي اليد ، فكأنه قال لا يد لي عليك ، ولو قال ذلك ونوى به العتق لم يعتق لجواز أن تزول اليد ويبقى الملك . قلت: ما قاله حاصل ما قال المصنف بقوله م: (**وسمي السلطان به**) ش: أي بلفظ السلطان م: (**لقيام يده**) ش: بتصرفه كيف شاء م: (**وقد يبقى الملك دون اليد كما في المكاتب**) ش:فإن المولى لا يد له على المكاتب وملكه فيه باق .

م: (**بخلاف قوله لا سبيل لي عليك ، لأن نفيه**) ش: أي نفي السبيل م: (**مطلقًا**) ش: يعني من غير قيد بشيء يكون م: (**بإنتفاء الملك ؛ لأن للمولى على المكاتب سبيلاً**) ش: يعني من حيث المطالبة ببدل الكتابة ، حتى إذا انتفى عند ذلك بالبراءة يعتق م: (**فلهذا يحتمل العتق**) ش: أي فلأجل أن نفي السبيل مطلقًا بانتفاء الملك يحتمل قوله : لا سبيل لي عليك، العتق . وقال الأترازي: وقد روي عن الكرخي أنه قال: ما صح لي وجه الفرق بين المسألتين ، وقد فني عمري ، وقال أبو بكر الرازي: خرج الشيخ أبو الحسن الكرخي من الدنيا ، والفرق بين السبيل والطلاق مشكل عليه . وقال الكاكي : والفرق ما ذكره في الكتاب .

ووجه آخر أن السلطان مشترك بين الحجة واليد ، ونفي أحدهما لا يستدعي نفي الآخر ، ونفي كل واحد منهما لا يستدعي نفي الملك كما في الكتابة ، وفي «الينابيع» قال: لا سلطان لي عليك ونوى العتق لا يعتق ، وقيل يعتق . وقال الأترازي: لفظ القدوري في مختصره لا يعتق ، وهو رواية الأصل ، وقال في« الحاوي » : يعتق إذا نوى .

ولو قال: هذا ابني وثبت على ذلك عتق ، ومعنى المسألة إذا كان يولد مثله لمثله ، فإن كان لا يولد مثله لمثله ، ذكره بعد هذا ، ثم إن لم يكن للعبد نسب معروف يثبت نسبه منه، لأن ولاية الدعوة بالملك ثابتة ، والعبد محتاج إلى النسب فيثبت نسبه منه ، فإذا ثبت عتق ؛ لأنه يستند النسب إلى وقت العلوق ، وإن كان له نسب معروف لا يثبت نسبه منه للتعذر ، ويعتق إعمالاً للفظ في مجازه عند تعذر إعمال الحقيقة . ووجه المجاز نذكره من بعد إن شاء الله تعالى .

م: (**ولو قال هذا ابني وثبت على ذلك عتق**) ش: هذا القيد اتفاقي ، لأنه ذكر في «الينابيع» الثبوت على الإقرار ليس بلازم ، ولهذا لم يذكر هذا اللفظ في« المبسوط ». وفي «أصول فخر الإسلام» الثبات على ذلك شرط لثبوت النسب لا للعتق .

وفي «المحيط » و«جامع شمس الأئمة »و«المجتبى» : هذا ليس بقيد ، حتى لو قال بعد قوله هذا ابني : أوهمت أو أخطأت يعتق ولا يصدق . ولو قال لأجنبية يولد مثلها لمثله هذه بنتي وتزوجها بعد ذلك جاز أصر على ذلك أم لا ، قالوا : هذا الجواب في معروفة النسب، أما في مجهولة النسب، أي دام على ذلك ثم تزوجها لم تجز وإلا جاز. وقال صاحب« المجتبى»: عرف بهذا أن الثبوت على ذلك شرط في الفرقة وامتناع جواز النكاح دون العتق .

م: (**ومعنى المسألة**) ش: إنما قال - ومعنى المسألة - لأن المسألة ذكرها القدوري ، وفسرها المصنف بقوله ، معنى المسألة م: (**إذا كان يولد مثله لمثله ، فإن كان لا يولد مثله لمثله ذكره بعد هذا**) ش: أي ذكره القدوري بعد هذا بقوله وإن قال لغلام لا يولد مثله لمثله هذا ابني م: (**ثم إن لم يكن للعبد نسب معروف ثبت نسبه منه ، لأن ولاية الدعوة بالملك ثابتة ، والعبد يحتاج إلى النسب**) ش: حتى يحصل له معين وظهير م: (**فيثب تنسبه منه**) ش: أي فيثبت نسبه من مولاه ، لأنه ليس له نسب معروف .

م: (**فإذا ثبت ، عتق ؛ لأنه يستند النسب إلى وقت العلوق ، وإن كان له**) ش: أي للعبد م: (**نسب معروف لا يثبت نسبه منه للتعذر**) ش: لأنه ثابت من الغير م: (**ويعتق إعمالاً للفظ في مجازه**) ش: يعني عملاً بمجاز اللفظ ، لأن البنوة سبب التحرير ، وإطلاق السبب وإرادة المسبب طريق من طرق المجاز م: (**عند تعذر إعمال الحقيقة**) ش: لأن الذهاب إلى المجاز له طرق ، منها عند تعذر الحقيقة وتعذر العمل بالحقيقة هنا ظاهر .

م: (**ووجه المجاز نذكره من بعد إن شاء الله تعالى**) ش: يعني عند بيان الدليل لأبي حنيفة في قوله - وإن قال لغلام لا يولد مثله لمثله هذا ابني عتق عند أبي حنيفة - والأصل في هذا الباب أن من وصف مملوكه بصفة من يعتق عليه إذا ملكه عتق عليه ، أعني القرابات المحرمة للنكاح ، كقوله هذا ابني ، أو هذه بنتي ، أو هذا أبي ، أو هذه أمي ، أو هذا عمي أو خالي ، أو قال: هذا جدي، قال في « التحفة » : ذكر في ظاهر الرواية وسوى بين الكل إلا في الأخ والأخت ، فإنه لا يعتق إلا

·ولو قال : هذا مولاي ، أو يا مولاتي عتق ، أما الأول فلأن اسم المولى وإن كان ينتظم الناصر وابن العم والموالات في الدين ، والأعلى ، والأسفل في العتاقة

بالنية . وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه سوّى بين الكل وقال يعتق .

ثم اعلم أن في قوله هذا أبي وهذه أمي وهو يصلح أن يكون ولدًا لهما وهو مجهول النسب يثبت العتق ، ولكن لا يثبت النسب ما لم يصدقاه ، بخلاف قوله لمجهول النسب هذا ابني حيث يثبت العتق والنسب بلا تصديق ، وعليه نص الحاكم ، لأن في الصورة الأولى يحمل النسب على غيره فيعتبر تصديقه بخلاف البنوة ، لأنه تحملها على نفسه ، كذا في «الشامل» ، ثم إذا قال له هذا ابني ، هل تصير أمه أم ولد له إذا كانت في ملكه ، بعضهم قالوا : لا يثبت الاستيلاء سواء كان الولد مجهول النسب أو معروف النسب . وقال بعضهم : يثبت في الحالين . وبعضهم فرق إن كان معروف النسب لا يثبت ، وفي مجهول النسب يثبت . كذا في « التحفة » .

م: (**ولو قال : هذا مولاي ، أو يا مولاتي عتق**) ش: هذا لفظ القدوري في «مختصره »، وعليه نص الحاكم في الكافي ، ولا يحتاج إلى النية لكونه صريحًا ، كذا في « التحفة »، ونقل في « خلاصة الفتاوى» عن العيون قال: لا يعتق بالنداء إلا في موضعين، يا مولاي يا حر ، وقال زفر-رحمه الله- : لا يعتق بدون النية ، وبه قال الشافعي ، ومالك وأحمد -رحمهم الله- م: (**أما الأول**) ش: وهو قوله هذا مولاي م: (**فلأن اسم المولى وإن كان ينتظم الناصر**) ش: أشار بهذا إلى أن لفظ المولى مشترك يجيء بمعنى الناصر ، قال الله تعالى : **﴿وأن الكافرين لا مولى لهم﴾** (محمد الآية : ١١)، أي لا ناصر لهم م: (**وابن العم**) ش: قال الله تعالى : **﴿ وإني خفت الموالي من ورائي﴾** (مريم الآية : ٥) ، أي ابن عمي بعد موتي ، كذا قال أهل التفسير .

وقال طرفة :

فمالي أراني وابن عمي مالكًا ... متى أدن منه ينئى عني ويبعدا

فلو كان مولاي امرء هو غيره ... لفرج كربي أو لأنظر في غدا

والمولى في البيت بمعنى ابن العم .

م: (**والموالات في الدين**) ش: يقال مولى الموالات وصورة الموالات حر عاقل بالغ مسلم غير معتق لأحد ، ولم يعقل عنه بقوله لآخر أنت مولاي ترث عني إذا مت وتعقل إذا جنيت ويقول الآخر قبلت ، فيكون القابل مولى له ويرث منه إذا مات ويعتق عنه إذا جنى م: (**والأعلى**) ش: أي المولى الأعلى ، وهو الذي يعتق م: (**والأسفل في العتاقة**) ش: وهو الذي أنعم عليه بالعتق ، والأعلى مقابله والمصنف ذكر للمولى خمسة معان . وذكر ابن الأثير : أنه يستعمل في ثلاث وعشرين معنى ، وزاد عليه غيره ، وما ذكره المصنف هو المشهور منها الخمسة المذكورة ، ويطلق

إلا أنه تعين الأسفل فصار كاسم خاص له ، وهذا لأن المولى لا يستنصر بمملوكه عادة وللعبد نسب معروف فينتفي الأول والثاني والثالث نوع مجاز ، والكلام لحقيقته ، والإضافة إلى العبد تنافي كونه معتقاً ، فتعين المولى الأسفل فالتحق بالصريح ، وكذا إذا قال لأمته هذا مولى لما بينا ، ولو قال : عنيت به المولى في الدين أو الكذب يصدق فيما بينه وبين الله تعالى ، ولا يصدق في

على الرب والمالك والسيد والمنعم والمنعم عليه بغير إعتاق والعبد والمحب والبائع والجار ، والحليف والظهير ، والمعقل والولي والوارث وابن الأخت والشريك والموضع الذي يكون فيه الحرب والسلم، لكن المعاني البعيدة لا يعرفها كل أحد ، **ولا يخطر ببال سيد العبد ، فلا اعتبار** بها فتعين ما ذكره المصنف رحمه الله .

م: (**إلا أنه تعين الأسفل**) ش: أي غير أنه تعين المولى الأسفل م: (**فصار كاسم خاص له ، وهذا**) ش: أشار به إلى وجه كون الأسفل كاسم خاص له بقوله م: (**لأن المولى لا يستنصر بمملوكه عادة**) ش: أراد أنه لا يجوز أن يحمل المولى في قوله هذا مولاي على النصرة ، لأن المولى لا يستنصر بعبده عادة م: (**وللعبد نسب معروف**) ش: أراد به أنه لا يحمل أنه أراد به ابن العم ، لأنه على خلاف ذلك ، م: (**فينتفي الأول**) ش: وهو حمله على الناصر م: (**فانتفى الثاني**) ش: أي انتفى الثاني ، وهو حمله على ابن العم م: (**والثالث نوع مجاز**) ش: أراد به المولى في الدين، لأن المولى مشتق من المولي ، وهو القريب ، ولا قرب بين المشرقي والمغربي من حيث الحقيقة ، ولا من حيث النسب ، ولا من حيث المكان . فتعين القرب من حيث الدين ، ولهذا جاز نفيه .

م: (**والكلام لحقيقته**) ش: فتعين الأسفل . وقال الأترازي : سلمنا أن الكلام لحقيقته إذا لم يكن المجاز مرادًا ، أما إذا كان مرادًا فلا نسلم على أنا نقول لفظ المولى مشترك وله حقائق لا حقيقة واحدة ، فلا يتعين **الأسفل** مع تصريحه بأنه لم يرده ، بل أراد به معنى آخر ، انتهى .

قلت : في كلامه نظر ، لأن المصنف ما منع الإشراك ، بل صرح ، لأنه ذكر له خمسة معان ، ثم بين أنه ما كان يصلح ذلك على معنى منها غير المولى الأسفل ، فتعين لذلك .

م: (**والإضافة إلى العبد**) ش: يعني في قوله هذا مولاي م: (**ينافي كونه**) ش: أي في كون العبد م: (**معتقًا**) ش: بكسر التاء ، حاصله أنه لا يحمل على أنه أراد به المولى الأعلى ، لأن العبد لا يعتق مولاه م: (**فتعين المولى الأسفل**) ش: وهو العبد الذي أنعم عليه بالعتق ، كما ذكرنا ، فإذا كان كذلك م: (**فالتحق بالتصريح**) ش: في إيقاع العتق بدلالة الحال في المحل ، وهو كونه عبداً .

م: (**وكذا لو قال لأمته هذه مولاتي لما بينا**) ش: أي لما بينا من الدليل في قوله هذا مولاي م: (**ولو قال عنيت به**) ش: أي لو قال القائل المذكور قصدت بقولي هذا مولاي م: (**المولى في الدين أو الكذب**) ش: بالنصب ، أي أو قال عنيت به الكذب م: (**يصدق فيما بينه وبين الله تعالى ولا يصدق**

القضاء لمخالفة الظاهر .وأما الثاني فلأنه لما تعين الأسفل مراده التحق بالصريح ، وبالنداء باللفظ الصريح يعتق بأن قال يا حر يا عتيق فكذا النداء بهذا اللفظ . وقال زفر - رحمه الله - لا يعتق في الثاني لأنه يقصد به الإكرام بمنزلة قوله يا سيدي يا مالكي ، قلنا الكلام لحقيقته ، وقد أمكن العمل به ، بخلاف ما ذكره ، لأنه ليس فيه ما يختص بالعتق ، فكان إكراماً محضاً . ولو قال : يا ابني ، أو يا أخي لم يعتق ، لأن النداء لإعلام المنادى ، إلا أنه إذا كان يوصف يمكن إثباته من جهته كان لتحقيق ذلك الوصف في المنادى استحضاراً له بالوصف المخصوص ، كما في قوله يا حر ، على ما بيناه ، وإذا كان النداء بوصف لا يمكن إثباته من جهته كان للإعلام المجرد دون تحقيق

في القضاء لمخالفة الظاهر) ش: أي ظاهر الكلام .

م: (وأما الثاني) ش: عطف على قوله أما الأول ، وأراد بالثاني قوله هذا مولاي م: (فلأنه لما تعين الأسفل مراده) ش: أي لما تعين المولى الأسفل حال كونه مراده م: (التحق بالصريح) ش: الدال على الإعتاق م: (بالنداء باللفظ الصريح يعتق بأن قال يا حر يا عتيق ، فكذا النداء ، بهذا اللفظ) ش: أي بقوله يا مولاي .

م: (وقال زفر : لا يعتق في الثاني) ش: أي في قوله يا مولاي م: (لأنه يقصد به الإكرام بمنزلة قوله ياسيدي يا مالكي) ش: وقال في « الفتاوي الصغرى » : إذا قال يا سيدي أو يا مالكي إذا لم ينو العتق لا يعتق ، وإذا نوى فعن محمد روايتان .

م: (قلنا الكلام لحقيقته) ش: أراد أن الأصل استعمال اللفظ بحقيقته م: (وقد أمكن العمل به) ش: أي بقول هذا أمكن العمل بحقيقته ، لأن معنى قوله يا مولاي من لي عليه ولاء العتاقة ، فتعين الأسفل م: (بخلاف ما ذكره) ش: أراد به قوله يا سيدي يا مالكي يعني ليس فيه ما يدل على العتق ، وهو معنى قوله م: (لأنه ليس فيه ما يختص بالعتق ، فكان إكرامًا محضًا) ش: وبه لا يحصل العتق وفي الواقعات قال يا سيدي أو سيدان نوى العتق عتق ، وإن لم ينو قيل يعتق ، وقيل لا يعتق ،وقيل يعتق في يا سيدي . والمختار أنه لا يعتق . وفي «الحاوي» قال الحسن بن أبي مطيع : يعتق بقوله يا سيدي ، ولا يعتق بقوله يا سيد . وقال بشر : لا يعتق فيهما إلا بالنية . وفي «النهاية» قال القاضي : لا يعتق ، قال : والذي أراه كناية .

م: (ولو قال يا ابني أو يا أخي لا يعتق ، لأن النداء لإعلام المنادى) ش: بفتح الدال ، ولا يراد به ما وضع اللفظ له م: (إلا أنه إذا كان) ش: أي الذي قاله م: (بوصف يمكن إثباته من جهته) ش: أي إثبات ذلك الوصف من جهة المنادي م: (كان لتحقيق ذلك الوصف في المنادى) ش: بفتح الدال م: (استحضاراً) ش: أي لأجل استحضار م: (بالوصف المخصوص نحو قوله يا حر على ما بيناه) ش: يعني عند قوله بالنداء باللفظ الصريح يعتق بأن قال يا حر م: (واذا كان النداء بوصف لا يمكن إثباته من جهته كان للإعلام المجرد دون تحقيق الوصف فيه لتعذره) ش: أي لتعذر تحقيق الوصف ، وأراد

الوصف فيه لتعذره ، والبنوة لا يمكن إثباتها حالة النداء من جهته لأنه لو انخلق من ماء غيره لا يكون ابناً له بهذا النداء ، فكان لمجرد الإعلام . ويروي عن أبي حنيفة -رحمه الله- شاذاً أنه يعتق فيهما ، والاعتماد على الظاهر . ولو قال :يا ابن لا يعتق ، لأن الأمر كما أخبر ، فإنه ابن أبيه ، وكذا إذا قال : يا بني أو يا بنية ، لأنه تصغير للأبن والبنت من غير إضافة .والزمر كما أخبر ،ولئن قال لغلام لا يولد مثله لمثله ، هذا ابني عتق عند أبي حنيفة -رحمه الله-. وقال : لا يعتق ، وهو قول الشافعي -رحمه الله- لهم أنه كلام محال بحقيقته فيرد ويلغو ، كقوله اعتقتك قبل أن أخلق أو قبل أن تخلق

بالوصف البنوة والأخوة ونحوهما من الأبوة .

م: (**والبنوة لا يمكن إثباتها حالة النداء من جهته ، لأنه لو انخلق من ماء غيره لا يكون ابنًا له بهذا النداء**) ش: فإذا كان كذلك م: (**فكان**) ش: قوله يا ابني م: (**بمجرد الإعلام**) ش: في ظاهر الرواية م: (**ويروى عن أبي حنيفة شاذًا أنه يعتق فيهما**) ش: أي في قوله يا ابني ويا أخي قال في يتيمة الفتاوى إذا قال لعبده يا ابني ، روى الحسن عن أبي حنيفة أنه يعتق (**والاعتماد على الظاهر**) ش: أي على ظاهر الرواية ، وهو الذي ذكره القدوري ، وهو المذكور في« نوادر النسفي» .

م: (**ولو قال يا ابن**) ش: بالضم وقطع الإضافة على صورة المنادى المفرد م: (**لا يعتق ، لأن الأمر كما أخبر**) ش: لأنه صادق فيما أخبره م: (**فإنه ابن أبيه**) ش: أي ابن والده م: (**وكذا**) ش: أي وكذا لا يعتق م: (**إذا قال يا بني أو يا بنية ، لأنه تصغير للابن والبنت من غير إضافة**) ش: إلى ياء المتكلم م: (**والأمر كما ذكر**) ش: لأن التصغير قد يكون للإكرام واللطف قاله الكاكي ، والأحسن أن يقال قد يكون للشفقة والترحم .

م: (**وإن قال لغلام لا يولد مثله لمثله هذا ابني عتق عند أبي حنيفة**) ش: هذه من مسائل القدوري والمعنى أنه إذا قال لعبده الأكبر سنًا منه هذا ابني ، أو قال : هذا ولدي عتق عليه عند أبي حنيفة م: (**وقال لا يعتق ، وهو قول الشافعي لهم**) ش: أي لأبي يوسف ومحمد والشافعي م: (**أنه كلام**) ش: أي أن كلامه هذا م: (**محال بحقيقته**) ش: لأن الأكبر سنًا محال أن يولد من الأصغر سنًا ، وإذا كان محالاً م: (**فيرد ويلغو**) ش: فلا يعتق .

فإن قلت : لم لا يصار إلى المجاز ؟ قلت : إذا كان محالاً بحقيقته لا يثبت مجازه، وهو الحرية . لأن المجاز خلف على الحقيقة ، فإذا لم يتصور الأصل لم يتصور الخلف، فصار م: (**كقولك أعتقتك قبل أن أخلق ، أو قبل أن تخلق**) ش: بالخطاب على صيغة المجهول ، وتصور الأصل شرط لصحة المجاز ، ألا ترى أنه إذا قال لمعروف النسب وهو أصغر سنًا منه هذا ابني يثبت الحرية مجازًا لتصور الأصل ، فإن مثله يجوز أن يولد له ، لكن لم يثبت حكم الأصل لمانع ، وهو أنه ثابت النسب من الغير ، قال في « شرح الأقطع» : فرق أبو يوسف ومحمد بين معروف النسب

ولأبي حنيفة -رحمه الله- كلام محال بحقيقته ، لكنه صحيح بمجازه ، لأنه إخبار عن حريته من حين ملكه ، وهذا لأن البنوة في المملوك سبب لحريته إما إجماعاً أو صلة للقرابة ، وإطلاق السبب وإرادة المسبب مستجاز في اللغة تجوزاً ، ولأن الحرية لازمة للبنوة في المملوك والمشابهة في وصف لازم من طريق المجاز على ما عرف ، فيحمل عليه تحرزاً عن الإلغاء ، بخلاف ما استشهد به ، لأنه لا وجه له في المجاز ، فتعين الإلغاء ، وهذا بخلاف ما إذا قال لغيره قطعت يدك فأخرجهما صحيحتين حيث لم يجعل مجازاً عن الإقرار بالمال والتزامه . وإن كان القطع سبباً لوجوب المال ، لأن القطع خطأ سبب لوجوب مال مخصوص،وهو الأرش وأنه

وبين من لا يولد مثله لمثله ، بأن معروف النسب يجوز أن يكون ابنه من الزنا . ومن ملك ابنه من الزنا عتق عليه .

م: (**ولأبي حنيفة أنه**) ش: أي أن هذا الكلام م: (**محال بحقيقته لكنه صحيح بمجازه**) ش: لوجود طريق المجاز م: (**لأنه إخبار عن حريته من حين ملكه ، وهذا**) ش: أشار به إلى قوله إخبار عن حرية م: (**لأن البنوة في المملوك سبب لحريته**) ش: لأنه لا توجد البنوة في المملوك إلا وقد وجد الحرية معها ، فذكر الملزوم وإرادة اللازم ، وذكر السبب ، وإرادة المسبب طريق من طرق المجاز م: (**إما إجماعًا أو صلة للقرابة**) ش: يعني أن البنوة موجبة للصلة ، والعتق صلة ، فتكون البنوة موجبة للعتق م: (**وإطلاق السبب وإرادة المسبب مستجاز في اللغة تجوزًا**) ش: أي مجازًا م: (**ولأن الحرية لازمة للبنوة في المملوك والمشابهة في وصف لازم من طريق المجاز على ما عرف**) ش: في الأصول وغيره م: (**فيحمل عليه تحرزًا عن الإلغاء**) ش: أي فيحمل قوله هذا ابني على المجاز وهو الحرية تصحيحًا لكلامه .

م: (**بخلاف ما استشهد به**) ش: على صيغة المجهول ، وهو قوله أعتقتك قبل أن أخلق م: (**لأنه لا وجه له في المجاز**) ش: لأنه لا يتصور أن يكون الإعتاق قبل الانخلاق أصلاً ، فلم يوجد السبب م: (**فتعين الإلغاء**) ش: أي إلغاء نداء الكلام م: (**وهذا بخلاف ما إذا قال لغيره**) ش: هذا جواب عما يقال لو كان ذكر صحة الملزوم وإرادة اللازم مجوزة للمجاز ، وإن لم يكن الحكم متصورًا لوجب عليه الأرش في الصورة المذكورة ، لأن القطع خطأ سبب وجوب المال ، فيكون قوله قطعت يدك مجازًا عن قولك على خمسة آلاف درهم ، فاللازم باطل ، والملزوم مثله ، فأجاب بقوله بخلاف ما إذا قال لغيره م: (**قطعت يدك فأخرجهما صحيحتين حيث لم يجعل مجازًا عن الإقرار بالمال والتزامه**) ش: يعني بالمال المطلق عن القطع ، لأن القطع إنما يكون سببًا لوجوب مال هو أرش ، وهو مخالف لوجوب مطلق المال .

م: (**فإن كان القطع سببًا لوجوب المال**) ش: وهو واصل بما قبله يعني وإن كان القطع خطأ ، فيكون سببًا لوجوب مال م: (**لأن القطع خطأ سبب لوجوب مال مخصوص وهو أرش وأنه**) ش: أي

يخالف مطلق المال في الوصف حتى وجب على العاقلة في سنتين ولا يمكن إثباته بدون القطع ، وما أمكن إثباته فالقطع ليس بسبب له أما الحرية فلا تختلف ذاتًا وحكمًا

وأن المال المخصوص م: (**يخالف مطلق المال في الوصف**) ش: وهو الأرش ، ثم أوضح ذلك بقوله م: (**حتى وجب**) ش: أي المال الذي هو الأرش م: (**على العاقلة في سنتين**) ش: تثنية سنة ، كذا قال «صاحب النهاية» ، قال : هكذا كان مقيدًا بخط شيخي ، وقال الكاكي ، والأترازي : هو الصحيح .

وقال الأترازي : لأن الكلام وقع فيما إذا أقر بقطع الواحدة وأرش قطع اليد الواحدة ، بنصف الدية ، ثم الأرش إذا زاد على ثلث اليد يكون في ثنتين على العاقلة الثلث في السنة الأولى وللباقي في السنة الثانية ، وما زاد على الثلث فالثلثان في سنتين، وما زاد في السنة الثالثة قال : في بعض النسخ في سنتين بلفظ الجمع وليس بشيء .

م: (**ولا يمكن إثباته**) ش: أي إثبات الأرش م: (**بدون القطع**) ش: لوجود صحة اليد م: (**وما أمكن إثباته**) ش: أي والذي أمكن إثباته ، وهو عبارة عن مطلق المال م: (**فالقطع ليس بسبب له**) ش: فيتقدر جعل الإقرار بقطع اليد مجازًا عن الإقرار بمطلق المال على أن قطع اليد خطأ سبب لوجوب المال على العاقلة ، فلو جعل مجازًا عن الإقرار بموجب المال لكان هذا إقرارًا بوجوب المال على العاقلة والإقرار على الغير باطل ولا يمكن أن يجعل إقرار بما يخصه من الدية ، لأن لازمة قطع اليد وجوب المال موزعًا على العاقلة ، فإيجاب المال قصرًا على واحد من العواقل لا تكون لازمة قطع اليد ، فلا يصح المجاز ، ولأنه لما أخرجهما صحيحتين كان بمنزلة جرح لحقه برء على وجه لم يبق له أثر ، فلا يتعلق به حكم بعد ذلك ، لأنه لو ثبت حقيقة الجرح فبرأ لا يتعلق به الحكم ، ففي المجاز أولى . ثم لأبي حنيفة في قوله هذا ابني طريقان أحدهما أنه بمنزلة التحرير ابتداء مجازًا بطريق إطلاق السبب على المسبب ، فعلى هذا لا تكون الأم أم ولد إذا كانت في ملكه ، لأنه ليس لتحرم الكلام ابتداء تأثير في أمومية الولد .

والطريق الآخر : أنه إقرار بالحرية مجازًا كأنه قال عتق علي من حين ملكته ، فإن القوة في المملوك سبب العتق وهو الأصح ، ولهذا قال في كتاب الإكراه : إذا أكره على أن يقول هذا ابني لا يعتق بالإكراه عليه ، والإكراه يمنع صحة الإقرار بالعتق لا صحة التحرير ابتداء ، فعلى هذا تصير الجارية أم ولد .

م: (**أما الحرية فلا تختلف ذاتًا وحكمًا**) ش: هذا جواب عما يقال إذا أقر بقطع اليد لا يثبت المال مجازًا ، لأن مطلق المال مخالف مالاً مخصوصًا وهو الأرش ، فكذا الحرية . والثانية البنوة تخالف الحرية الثانية بالبنوة في كونها صلة للقريب ، فلم يكن إثبات الحرية مجازًا للبنوة ، كما لم يثبت في وجوب المال مجازًا لقطع اليد ، فأجاب بقوله أما الحرية فلا تختلف ذاتًا وحكمًا ، أي

فأمكن جعله مجازًا عنه ولو قال : هذا أبي أو أمي ومثله لا يولد لمثلهما فهو على هذا الخلاف لما بينا . ولو قال لصبي صغير : هذا جدي قيل هو على الخلاف ، وقيل لا يعتق بالإجماع ، لأن هذا الكلام لا موجب له في الملك إلا بواسطة وهو الأب ، وهي غير ثابته في كلامه فتعذر أن يجعل مجازاً عن الموجب ، بخلاف الأبوة والبنوة ، لأن لهما موجباً في الملك بلا واسطة، ولو قال هذا أخي لا يعتق في ظاهر الروايه . وعن أبي حنيفة -رحمه الله- أنه يعتق ، ووجه الروايتين ما بيناه

من حيث الذات وهو زوال الرق ، ولا يوجب الحكم وهو صلاحيته للقضاء والشهادة والولايات فكانت الحريتان سواء فيهما .

قال الأترازي : لأن الحرية عبارة عن زوال الرق ، وهو شيء واحد لا يختلف بالإضافة إلى البنوة وغيرها وحكمها خاص المحل للمالكية ، ودفع ملك الغير إلا أنها قد توصف بكونها صلة الرحم وواجبة على التقريب ، وذلك لا يوجب تنوعها كالحرية الواقعة في العاقل البالغ حيث يقع بحالة يترتب عليها . إذ الشهادة والولاية والإمارة بخلاف الحرية الواقعة في الطفل والمجنون ، فإنها لا توجب هذه الأهلية ، ومع هذا لا يقال إنها تنوعت ، فكذا هنا ، فلما لم تكن الحرية مختلفة م: **(فأمكن جعله)** ش: أي جعل قوله هذا ابني م: **(مجازًا عنه)** ش: أي عن الحرية على تأويل العتق أو المذكور ، ولو قال عنها لكان أحسن .

م: **(ولو قال هذا أبي أو أمي ومثله لا يولد لمثلهما فهو على الخلاف)** ش: المذكور بين أبي حنيفة وصاحبيه م: **(لما بينا)** ش: يعني الوجه من الجانبين في قوله هذا ابني م: **(ولو قال صبي صغير هذا جدي قيل هو على الخلاف وقيل لا يعتق بالإجماع ، لأن هذا الكلام لا موجب له في الملك)** ش: من بنوة أو حرية م: **(إلا بواسطة وهو الأب وهي)** ش: أي الواسطة م: **(غير ثابتة في كلامه فتعذر أن يجعل مجازًا عن الموجب)** ش: وهذا يشير إلى أن الواسطة لو كانت مذكورة مثل أن يقول هذا جدي أبو أبي عتق .

م: **(بخلاف الأبوة والبنوة ، لأن لهما موجباً في الملك بلا واسطة)** ش: فيجعلان مجازًا للحرية . ولو كان يولد مثله لمثلهما وصدقاه ثبت ذلك وعتقا عليه .

م: **(ولو قال هذا أخي لا يعتق في ظاهر الرواية . وعن أبي حنيفة أنه يعتق)** ش: في رواية الحسن عنه م: **(ووجه الروايتين ما بيناه)** ش: أما وجه رواية العتق فما ذكره بقوله ، وهذا لأن البنوة في المملوك سبب الحركة إلى آخره ، فكذلك هاهنا الأخوة في الملك توجب العتق . وأما وجه رواية عدم العتق فقوله في مسألة الجد لأن هذا الكلام لا موجب له في الملك إلا بواسطة ، وكذلك ها هنا الأخوة لا تكون إلا بواسطة الأب والأم ، لأنها عبارة عن مجاورة في صلب أو رحم ، وهذه الواسطة غير مذكورة ، ولا موجب لهذه الكلمة بدون هذه الواسطة .

وقال في «المبسوط » : إن اختلاف الروايتين في الأخ إنما كان إذا ذكره مطلقًا ، بأن قال : هذا

ولو قال لعبده :هذا ابني فقد قيل على الخلاف ، وقد قيل هو بالإجماع لأن المشار إليه ليس من جنس المسمى فتعلق الحكم بالمسمى وهو معدوم ، فلا يعتبر وقد حققناه في النكاح . وإن قال لأمته : أنت طالق أو بائن أو تخمري ونوى به العتق لم يعتق . وقال الشافعي -رحمه الله- تعتق إذا نوى ، وكذا الخلاف سائر الألفاظ الصريح والكناية على ما قال مشايخهم -رحمهم الله- له أنه نوى ما يحتمله لفظه ؛ لأن بين الملكين موافقة إذا كل واحد منهما ملك العين ، أما ملك اليمين فظاهر ، وكذا ملك النكاح في حكم ملك العين حتى كان التأبيد من شرطه، والتأقيت

أخي ، وأما إذا ذكره مقيدًا ، وقال هذا أخي لأبي وأمي فيعتق من غير تردد لما أن مطلق الأخوة مشتركًا قد يراد بها الأخوة في الدين ، قال الله تعالى : ﴿ **إنما المؤمنون إخوة** ﴾ (الحجرات الآية : ١٠) . وقد يراد بها الاتحاد في القبيلة ، قال الله تعالى : ﴿ **وإلى عاد أخاهم هودًا** ﴾ (الأعراف الآية : ٦٥) . وقد يراد بها الأخوة في النسب والمشترك لا يكون حجة .

فإن قيل . البنوة أيضًا مختلف بين نسب ورضاع ، فكيف يثبت العتق بإطلاق قوله هذا ابني . أجيب : بأن البنوة من الرضاع مجاز ، والمجاز لا يعارض الحقيقة .

م: (**ولو قال لعبده :هذا ابني فقد قيل على الخلاف ، وقيل هو**) ش: أي عدم العتق م: (**بالإجماع لأن المشار إليه ليس من جنس المسمى**) ش: الذكور والإناث من بني آدم جنسان مختلفان ، وإذا لم يكن المشار إليه من جنس المسمى م: (**فتعلق الحكم بالمسمى وهو معدوم**) ش: أي المسمى معدوم م: (**فلا**) ش: يعني لا يمكن تصحيح الكلام إيجابًا ، ولا إقرار في المعدوم ، فلا يمكن أن تجعل البنت مجازًا عن الابن بوجه ، ألا ترى أنه لا يعتق وإن كان احتمل أن يكون ابنه بأن كان يولد مثله لمثله .

كذا ذكره في « الأسرار» م: (**وقد حققناه في النكاح**) ش: أي حققنا هذا الأصل في كتاب النكاح ، في باب المهر عند قوله فإن تزوج امرأة على هذا الدن من الخمر فإذا هو خمر ، فلها مهر مثلها عند أبي حنيفة ، فيرجع له .

م: (**وإن قال لأمته أنت طالق أو بائن أو تخمري**) ش: أي أو قال لها تخمري م: (**ونوى به العتق لم يعتق ، وقال الشافعي : تعتق إذا نوى ، وكذا الخلاف في سائر الألفاظ الصريح والكناية**) ش: مثل قوله لأمته أنت مطلقة وطلقتك وتخمري وتقنعي واغربي وخلية وبرية وحرام وما أشبه ذلك م: (**على ما قال مشايخهم**) ش: أي مشايخ الشافعية ، وإنما قال مشايخهم، لأن المنصوص عن الشافعي لفظ الطلاق فحسب وأصحابه قاسوا عليها سائر ألفاظ الصريح والكناية .

م: (**له**) ش: أي للشافعي م: (**أنه نوى ما يحتمله لفظه لأن بين الملكين موافقة**) ش: وهما ملك اليمين وملك النكاح م: (**إذا كل واحد منهما ملك العين أما ملك اليمين فظاهر ، وكذا ملك النكاح في حكم ملك العين حتى كان التأبيد من شرطه ، والتأقيت مبطل له**) ش: أي النكاح وملك اليمين ،

مبطل له وعمل اللفظين في إسقاط ما هو حقه وهو الملك ، ولهذا يصح التعليق فيه بالشرط ، أما الأحكام تثبت بسبب سابق وهو كونه مكلفاً ، ولهذا يصلح لفظه العتق والتحرير كناية عن الطلاق ، فكذا عكسه ، ولنا أنه نوى ما لا يحتمله لفظه ؛لأن الإعتاق لغة إثبات القوة ،والطلاق رفع القيد ،وهذا لأن العبد ألحق بالجمادات وبالإعتاق يجيء فيقدر ولا كذلك المنكوحة ، فإنها قادرة إلا أن قيد النكاح

والتأقيت أن يجعل له وقت معين م: (**وعمل اللفظين**) ش: جواب عما يقال الإعتاق إثبات القوة ، ولهذا تثبت به الأحكام مثل الأهلية والولاية والشهادة فأنى يشبه الطلاق الذي هو إسقاط محض ، فأجاب بقوله وعمل اللفظين الطلاق والعتاق ، وهو مبتدأ وخبره هو قوله م: (**إسقاط ما هو حقه وهو الملك**) ش: الضمير في قوله - هو - راجع في الوصفين إلى ماء الحاصل أنه أي أن الإعتاق أيضًا إسقاط .

م: (**ولهذا**) ش: أي ولأجل كون الإعتاق إسقاطًا م: (**يصح التعليق فيه بالشرط**) ش: كما يصح في الطلاق م: (**أما الأحكام**) ش: هذا جواب عما يقال للشافعي بأن قال : يثبت الإعتاق الأحكام، يعني الأهلية والولاية والشهادة ، والطلاق إسقاط ، فلا مناسبة بين الإسقاط والإثبات فلا يستعار الطلاق للعتاق ، لعدم المناسبة ، فأجاب أن الأحكام وهي التي ذكرناها م: (**تثبت بسبب سابق وهو كونه مكلفًا**) ش: لضمير في هو راجع إلى السبب ، وفي كونه راجعًا إلى العبد ، لأن الشهرة قائمة مقام الذكر .

والحاصل أن ثبوت الأحكام بالآدمية ، ولكن الرق كان مانعًا فبالإعتاق زال المانع ، وجوابه لو كان ثبوت الأحكام بالآدمية ، وكونه مكلفًا لكانت القدرة موجودة للعبد ، واللازم منتف ، لأن الرق مناف للقدرة ، وصحة التعليق لا يرد ، لأن الإعتاق إسقاط على وجه يترتب عليه ثبوت هذه الأحكام ، فباعتبار الإسقاط صح التعليق .

م: (**ولهذا**) ش: أي ولكون العتق يحتمل لفظ م: (**يصلح لفظ العتق ، والتحرير كناية عن الطلاق**) ش: يعني إذا قال لامرأته أنت حرة ونوى به الطلاق صح مجازًا م: (**فكذا عكسه**) ش: أي صلح لفظ الطلاق كناية عن لفظ العتق .

م: (**ولنا أنه نوى ما لا يحتمله لفظه**) ش: لأنه لا مناسبة بينهما تجوز الاستعارة م: (**لأن الإعتاق لغة إثبات القوة**) ش: مأخوذ من قولهم عتق الطائر إذا قوى وطار عن وكره ، وفي الشرع أيضًا كذلك م: (**والطلاق رفع القيد**) ش: من قولهم أطلقت البعير عن القيد إذا حللته .

م: (**وهذا**) ش: أشار به إلى إثبات القوة م: (**لأن العبد ألحق بالجمادات**) ش: جمع جماد ، والجماد عبارة عما لا روح له م: (**وبالإعتاق يجيء فيقدر**) ش: أي على التصرفات الشرعية في الأقوال والأفعال م: (**ولا كذلك المنكوحة فإنها قادرة**) ش: ومالكة أمر نفسها م: (**إلا أن قيد النكاح**

مانع ، وبالطلاق يرتفع المانع فيظهر القوة ولا خفاء أن الأول أقوى ، ولأن ملك اليمين فوق ملك النكاح فكان إسقاطه أقوى ، واللفظ يصلح مجازاً عما هو دون حقيقته لا عما هو فوقه ، فلهذا امتنع في المتنازع فيه وإن ساغ في عكسه ، وإذا قال لعبده أنت مثل الحر لم يعتق لأن المثل يستعمل للمشاركة في بعض المعاني عرفاً فوقع الشك في الحرية . ولو قال ما أنت إلا حر عتق، لأن الاستثناء من النفي إثبات على وجه التأكيد ، كما في كلمة الشهادة .

مانع) ش: لأن ملك البضع عليها للزوج مانع م: **(وبالطلاق يرتفع المانع فيظهر أثره)** ش: ويحدث له القدرة م: **(ولا خفاء أن الأول)** ش: أي الإعتاق م: **(أقوى ، ولأن ملك اليمين فوق ملك النكاح)** ش: لأن ملك اليمين قد يلتزم ملك المتعة إذا صادف الجواري الخالية عما يمنع من الاستمتاع بهن ، وأما ملك النكاح فلا يستلزم ملك اليمين أصلاً م: **(فكان إسقاطه أقوى)** ش: أي إسقاط ملك اليمين أقوى ، لأن كل ما هو أقوى فإسقاطه أقوى .

م: **(واللفظ يصلح مجازًا عما هو دون حقيقته لا عما هو فوقه)** ش: وهذا لأن مثل هذا المجاز إنما يكون فيما إذا وجدت وصفًا مشتركًا بين ملزومين مختلفين في الحقيقة فهو في عهدهما أقوى منه في الآخر ، وأنت تريد إلحاق الأضعف بالأقوى على وجه التسوية بينهما فيدعى أن ملزوم الأضعف من جنس ملزوم الأقوى ، ويطلق عليه اسم الأقوى، كما إذا قال : عبدك شجاع ، وأنت تريد أن تلحق جرأته وقوته بجرأة الأسد وقوته فيدعي الأسدية له بإطلاق اسم الأسد عليه، وهذا كما ترى إنما يكون بإطلاق اسم القوي على الضعيف دون العكس ، وإذا ظهر هذا بعد العلم بأن إزالة ملك اليمين أقوى ظهر لك جواز استعارة لفظ الإعتاق للطلاق دون عكسه .

م: **(فلهذا امتنع في المتنازع فيه)** ش: أي امتنع المجاز في قوله : أنت طالق لأمته ونوى به العتق م: **(وإن ساغ في عكسه)** أي جاز في قوله : أنت حرة لمنكوحته، ونوى به الطلاق، وقال الأكمل : الفرق بين المسألتين المذكورتين في الكتاب أنه في الأولى منع المناسبة ، وإظهار السد بأن الإعتاق إثبات ، والطلاق رفع فأنى يتناسبان . وفي الثانية تسليم أن كلاً منهما إسقاط لكن الإعتاق أقوى وهو ينافي الاستعارة . م: **(وإن قال لعبده أنت مثل الحر لم يعتق، لأن المثل يستعمل للمشاركة في بعض المعاني عرفًا فوقع الشك في الحرية)** ش: فلا يعتق، حاصله أن المثل للتشبيه والشبهة بين الشيئين لا يقتضي اشتراكهما في جميع الوجوه، فلذلك لا في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى، ومعنى المثل في اللغة النظير، كذا في «الجمهرة» وفي «التحفة»: ذكر في كتاب العتاق ثم قال: وقد قالوا: إنه إذا نوى العتق يعتق، فإنه ذكر في كتاب الطلاق إذا قال لامرأته أنت مثل امرأة فلان وفلان قد آلى من امرأته ونوى الإيلاء ليصدق ويصيرموليًا .

م: **(ولو قال لامرأته ما أنت إلا حر عتق، لأن الاستثناء من النفي إثبات على وجه التأكيد كما في كلمة الشهادة)** ش: فإن قوله : لا إله نفي الألوهية عن غير الله، وقوله : إلا الله إثبات الألوهية لله، وفيه إثبات الألوهية لله تعالى بآكد الوجوه ، لأن الإثبات بعد النفي آكد وأبلغ من الإثبات

ولو قال رأسك رأس حر لا يعتق لأنه تشبيه بحذف حرفه ، ولو قال رأسك رأس حر عتق ، لأنه إثبات الحرية فيه ، إذ الرأس يعبر به عن جميع البدن

المجرد .

م: (ولو قال : رأسك رأس حر لا يعتق، لأنه تشبيه بحذف حرفه) ش: أي حرف التشبيه ، وهو الكاف ، لأن أصله رأسك كرأس حر ، فصار كقوله مثل الحرم: (ولو قال رأسك رأس حر) ش: بالتنوين في رأس م: (عتق لأنه إثبات الحرية فيه، إذ الرأس يعبر به عن جميع البدن) ش: وقد وصفها بالحرية ، ومن وصف عبده بالحرية ووصف ما يعبر به عن جميع البدن بالحرية عتق عليه ، وقال في كتاب عتاق الأصل إذا قال : رأسك حر ، أو قد حر أو جسدك حر ، أو نفسك أو وجهك أو روحك أو كانت أمة ، فقال : فرجك حر أو بطنك حر عتق في جميع ذلك .

وذكر في كتاب «الأجناس» عن الهاروني إذا قال : رقبتك حر أو بطنك حر عتق ، وإلا يدين في هذا كله . وإن قال : لم أرد به العتق وفي «نوادر المعلى » لو قال : جزء منك حر أو شيء منك عتق منه ما شاء المولى في قول أبي حنيفة ، وفي عتاق الأصل لو قال : يدك حر أو رجلك حر أو أصبع من أصابعك حر ، أو سن من أسنانك أو دمك أو قرنك أو بلغمك ، هذا كله باطل . وفي الهاروني أنفك أو صدرك حر أو بطنك حر أو ظهرك أو جنبك أو فخذك أو لسانك أو شعرك أو نفسك حر لا يعتق في شيء من هذه الوجود نوى أو لم ينو . قال الناطفي : هذا كله على قياس قول أبي حنيفة وزفر وأبي يوسف ، وفي كتاب «الأم» لو قال : كبدك حر أو معدتك حر لا يعتق .

وفي« نوادر هشام » قال أبو يوسف : لو خاط مملوكه ثوبًا فقال : هذه خياطة حر لا يعتق ، وفي الهاروني : لو رآها تمشي فقال مولاها : هذه مشية حر أو رآها تتكلم فقال: هذا كلام حر لم تعتق إلا أن يقول أردت العتق ، وهذا قول أبي يوسف .

وقال الحسن بن زياد في قول نفسه : يعتق في القضاء ويدين فيما بينه وبين الله تعالى . وفي « نوادر» ابن سماعة عند محمد لو قال : جسدك حر ، أو صلبك حر ، أو علم أنه من سبي لا يعتق لأن أصله حر فهو صادق فيه فلا يعتق، وكذلك لو قال : أبواك حران. وفي «نوادر المعلى»قال أبو يوسف : لو قال لأمته : فرجك حر من الجماع فهي حرة في القضاء ، وسعه فيما بينه وبين الله تعالى .

وفي« نوادر» ابن سماعة : لو قال: استك حر كان حراً، وكذلك لو قال : ذكرك كان حرًا. وفي كتاب «أصل الفقه» لمحمد بن الحسن لو قال لعبده : فرجك حر لا يعتق، وفي الجارية تعتق. ولو قال : هذا ابني من الزنا يعتق ولا يثبت نسبه .

وفي «المرغيناني» لو قال له: افعل في نفسك ما شئت فأعتق نفسه ، وفي المجلس عتق. ولو قال صم عني يوماً وأنت حر ، أو قال صلى عني ركعتين وأنت حر عتق في الحال ، فعل ذلك أو

....

لم يفعل . ولو قال حج عني حجة وأنت حر لا يعتق حتى يحج عنه لأن النيابة جائزة في الحج دون الصوم والصلاة ولو قال : إن سقيت جاري فأنت حر فذهب به إلى الماء ولم يشرب عتق ، لأن المراد به عرض الماء عليه .

وفي « المحيط » قال رجل : أنا مولى أبيك أعتق أبوك أبي فهو حر ، وكذا لو قال : أنا مولى أبيك ولم يقل اعتقني فهو حر ، لأنه قد يكون مولاه من قبل جده فلم يكن إقرار بالرق ، وإن زاد اعتقني فهو مملوك إذا جحد الوارث . وفي «الذخيرة» قال : كل مملوك في هذا المسجد أو في بغداد حر وله عبيد في المسجد أو في بغداد لم يعتق ، إلا إن نوى عبده . وعن محمد عن أبي حنيفة لو قال : عبيد أهل بغداد أحرار وهو من أهل بغداد عتق عبيده ، وعلى هذا لو قال كل عبد يدخل هذه الدار فهو حر فدخل عبيده عتق وبه أخذ شداد ، وقال هشام : لا يعتقون ، قال الشهيد : وهو المختار للفتوى . ولو قال : ولد آدم كلهم أحرار لا يعتق عبيده . وفي « النسفي» : قال عبدي الذي هو قديم الصحبة حر قال محمد : من صحبة ثلاث سنين عتق ، وهو قول أبي يوسف - رحمه الله - وقيل ستة أشهر ، وقيل سنة . وفي « المحيط » وهو المختار .

* * *

فصل

ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه وهذا اللفظ مروي عن النبي عليه السلام ، وقال عليه السلام : « من ملك ذا رحم منه فهو حر »

م: (**فصل في الإعتاق الغير اختياري**)

ش: أي هذا فصل ، لما فرغ من بيان الإعتاق الاختياري شرع في بيان الإعتاق الذي يحصل من غير اختيار كما في شراء القريب وخروج عبد الحر إلينا مسلماً ، وولد أم الولد من مولاها .

م: (**ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه**) ش: وبه قال أحمد ، وسواء كان المالك صغيراً أو كبيراً صحيح العقل أو مجنوناً . ويروى ذلك عن عمر وابن مسعود وجابر بن عبد الله وعطاء والشعبي والزهري وحماد والحكم والثوري وابن شبرمة وأبي سلمة والحسن بن حيي والليث وعبد الله بن وهب وإسحاق ، وهو قول الظاهرية . قال مالك : يعتق في قرابة الولاد والأخوات لا غير ، كذا قال الكاكي .

وقال الأترازي : وقال مالك وأصحاب الظاهر لم يعتقوا إلا بإعتاق المالك . **قلت** : فيه نظر من وجهين ، أحدهما : ذكر أصحاب الظاهر مع مالك ، وقد ذكرنا أنهم مع الجماعة المذكورين .

والثاني : أن هذا النقل عن مالك خلاف ما وقع في «المدونة» لمالك حيث قال فيها قال مالك ولا يعتق على الرجل من أقاربه إذا ملكه إلا الولد ، ذكرهم وأنثاهم ، وولد الولد وإن سفلوا وأبواه وأجداده وجداته من قبل الأب والأم وإن بعدوا ، وإخوته لأبوين أو لأب أو لأم وهم أهل الفرائض في كتاب الله تعالى ولا يعتق غير هؤلاء من ذوي أرحام انتهى . وقال الأوزاعي : يعتق كل ذي رحم محرم منه كان أو غير محرم ، وأعتق ابن العم وابن الخال ويستسعيهما .

م: (**وهذا اللفظ**) ش: يعني قوله من ملك ذا رحم محرم عتق عليه م: (**مروي عن رسول الله ﷺ . وقال عليه السلام :« من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر»**[1]) ش: هذا الحديث باللفظ الأول أخرجه النسائي في « سننه » عن حمزة بن ربيعة عن سفيان الثوري عن عبد الله بن دينار عن ابن عمرقال قال رسول الله ﷺ : « **من ملك ذا رحم محرم عتق عليه** » باللفظ الثاني . أخرجه أصحاب السنن الأربعة عن حماد بن سلمة عن قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبي ﷺ من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر . وأخرجه الحاكم في «المستدرك » من طريق أحمد بن حنبل عن حماد بن سلمة عن عاصم الأحول عن قتادة عن الحسن عن سمرة مرفوعاً وسكت عنه . ثم أخرجه عن سمرة بن ربيعة عن سفيان عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر مرفوعاً : « **من ملك ذا رحم محرم فهو حر** » وقال : هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ، والمحفوظ عن سمرة بن جندب ، انتهى .

---

(١) تقدم تخريجه .

والللفظ بعمومه ينتظم كل قرابة مؤبدة بالمحرميـة ولاداً كان أو غيره ، والشافعي رحمه الله يخالفنا في غيـره . له أن ثبوت العـتق من غير مـرضاة المالك ينفـيه القيـاس أو لا يقتـضيه، والأخـوة وما يضاهيها نازلة عن قرابة الولاد فامتنع الإلحاق والاستدلال ، ولهذا امتنع التكاتب على المكاتب في غير الولاد ولم يمتنع فيه ولنا ما روينا ، ولأنه ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية فيعتق عليه

والكلام في هذين الحديثين كثير طوينا ذكره خوفاً من السآمة .

م: (**واللفظ**) ش: أي لفظ الحديث م: (**بعمومه ينتظم كل قرابة مؤبدة بالمحرمية**) ش: أي مؤكدة وهو بالباء آخر الحروف من التأبيد م: (**ولاداً كان أو غيره**) ش: أي غير الولاد بكسر الواو . وقد قال الأترازي وغيره : منصوب على البدل من قوله كل قرابة .

قلت : بل هو منصوب بكان المقدرة ، تقديره أو كانت غير الولاد وولاد منصوب بكان الظاهرة ، غير أنه تقدم عليه ، وتفسيره كل من لا يجوز نكاحه على التأبيد والإجلاء النسب ، سواء كانت القرابة قريبة كقرابة الولاد ، أو متوسطة كالأخ والأخت والعم والعمة والخال والخالة بخلاف ما إذا كانت لعبيده كبني الأعمام ، فإن الحديث لا يتناولهما لعدم المحرمية .

م: (**والشافعي يخالفنا في غيره**) ش: أي في غير الولاد ، وقرابة الولاد هي القرابة بين الولد والوالدين . ومذهب الشافعي أنه لا يعتق في غير قرابة الولاد . وقال أبو محمد: لا نعلم قول الشافعي عن أحد قبله ، وليس له فيها أنيس م: (**له**) ش: أي للشافعي م: (**أن ثبوت الملك من غير مرضاة المالك**) ش: أي بغير رضاه ، وهو مصدر ميمي م: (**ينفيه القياس أو لا يقتضيه**) ش: قال تاج الشريعة : وفي قوله بنفيه القياس تعرض لنفي القياس إياه . وفي الثاني لا يتعرض لا بالنفي ولا بالإثبات م: (**والأخوة وما يضاهيها**) ش: أي وما يشابهها من قرابة العمومة والخؤولة م: (**نازلة عن قرابة الولاد**) ش: أي أدنى درجة من قرابة الولاد م: (**فامتنع الإلحاق**) ش: أي إلحاق قرابة الأخوة بقرابة الولاد لعدم المساواة أو الاستدلال م: (**أو امتنع**) ش: الاستدلال، أي بدلالة النص ، إلا إذا كان الملحق به من وجه ، وها هنا ليس كذلك .

م: (**ولهذا امتنع التكاتب على المكاتب في غير الولاد ، ولم يمتنع فيه**) ش: أي في الولاد ، يعني إذا ملك المكاتب أباه أو ابنه فهو مكاتب ، بخلاف الأخ ، فإنه لا يتكاتب .

م: (**ولنا ما روينا**) ش: وهو قوله ﷺ: « **من ملك ذا رحم محرم عتق عليه** » م: (**ولأنه ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية فيعتق عليه**) ش: لأن الشارع اعتبر محرمية هي صفة للرحم ، والرحم عبارة عن القرابة ، والمحرم عبارة عن حرمة التناكح ، فالمحرم والرحم نحو إن ملك زوجة ابنه أو بنت عمه وهي أخته رضاعاً لا يعتق ، لأن المحرمية ما ثبتت بالقرابة بل بالمصاهرة أو بالرضاع ، ولا بد أن تكون المحرمية مؤثرة ، لأن الشارع اعتبر محرمية هي صفة للرحم كما ذكرناه ، وكذا الرحم بلا محرم لايعتق كبني الأعمام والأخوال ، لأن القرابة بعدت ، فلا تؤثر في حرمة التناكح ، فلم

وهذا هو المؤثر في الأصل ، والولاد ملغى لأنـها هي التي يفـترض وصلهـا ويحرم قطعـها حـتى وجبت النفقة وحرم النكاح ، ولا فرق بينهما إذا كان المالك مسلمًا أو كافرًا في دار الإسلام لعموم العلة ، والمكاتب إذا اشترى أخاه ومن يجري مـجراه لا يتكاتب عليه ، لأنه ليس له ملك تام يقدره على الإعتاق والاقتراض عند القدرة

تعتق بالملك . م: (**وهذا هو المؤثر في الأصل**) ش: أي ملك القريب هو المؤثر في إيجاب العتق في الأصل ، يعني في قرابة الولاد م: (**والولاد ملغي لأنها**) ش: تعليل بوصف غير مقعر فكان اشتغالاً بما لا يفيد ، لأنه تعليل بعلة قاصرة ، لأنها أي لأن القرابة المؤبدة في المحرمية م: (**هي التي يفترض وصلها ويحرم قطعهـا حتى وجبت النفقة**) ش: لا يقـال هذا مذهبكم لأنه لا نفقة في غـير الولد على مذهب الشـافعي ، فكيف استدل بوجوب النفقة ، لأنا نقول وجوب النفقة ثبت بقـوله عزوجل : ﴿**وعلى الوارث مـثل ذلك**﴾ فصار كأنه ثبت إجماعاً، فلا يلتفت إلى إنكار الخصم م: (**وحـرم النكاح**) ش: وحرمة النكاح بالإجماع .

وقال الأكمل : ولنا بحث ها هنا ، لكنه وهو قولهم هذه قرابة صبت عن أدنى الذلين ، وهو ذل النكاح فـلأن يصـان عن كـلاهمـا أولى ، فإن ادعي أن ذل النكاح أعلى فلك مكابرة تستدعي تفضيل الإماء على الحرائر وهو باطل قطعاً وإجماعاً على أن الرضاع يرفع ذل النكاح دون الرق بما يحسم مـادة هذه المكابرة ، فإن رافع الأعلى دفع الأدنى لا مـحـالة . م: (**ولا فرق بـينهـمـا إذا كان المالك مسلـماً أو كافـراً في دار الإسلام لعـموم العلة**) ش: وهي صلة الرحم ، وكـذا الفـرق إذا كـان المملوك مسلماً أو كافراً ، وقيد بقوله في دار الإسلام لأن الحربي إذا ملك قريبه لا يعتق عليه ، وبه صرح في فتاوى الولوالجي نص الحاكم في «الكافي» أن عتق الحربي في دار الحرب باطل ، وكذا تدبيره لم يذكر الخلاف ، فإن في المختلف الحربي إذا أعتق عبده الحربي في دارالحرب وخلاه ، عتق عند أبي يوسف وولاؤه له . وقالا : لا ولاء له ، لأنه عتق بالتخلية لا بالإعتاق كالراغم ، ثم قال : المسلم إذا دخل دار الحرب فاشترى عبداًحربياً فأعتقه ثمة القياس أن لا يعتق بدون التخلية ، لأنه في دار الحرب ولا يجري عليه أحكام الإسلام. وفي الاستحسان يعتق تخلية ، لأنه لم ينقطع عنه أحكام المسلمين ولا ولاء له عندهمـا ، وهو القيـاس . وقـال أبو يوسف: له الـولاء ، وهو الاستحسان. وذكر قول محمد مع أبي يوسف في «كتاب السير». م: (**والمكاتب إذا اشتـرى أخاه**) ش: هذا جواب عن قوله ، ولهذا امتنع التكاتب على المكاتب في غير الولاد ، وتقديره لا نسلم أنه لا يكاتب عليه، بل قد روي عن أبي حنيفة أنه مكاتب على الأخ أيضاً ، فـالجواب بطريق التسليم ما قاله المصنف بقوله ، لأنه ليس له ملك قام بقدره على ما يجيء الآن م: (**أو من يجري مـجراه**) ش: أي أو اشتري من يجري مجرى الأخ كالعم والخال م: (**لا يتكاتب علـيه لأنه لـيس له ملك تام يقدره**) ش: من الإقرار م: (**على الإعـتـاق**) ش: لأنه عبـد ما بقي عليه درهم م: (**والاقتـراض عند القدرة**) ش: وهي عبارة عن صفة يتمكن بها الحر من فعل وقول بـخلاف الولاد ، هذا جواب عما

بخلاف الولاد ، لأن العتق فيه من مقاصد الكتابة فامتنع بيع المعتق تحقيقًا لمقصود العقد . وعن أبي حنيفة -رحمه الله- أنه يكاتب على الأخ أيضًا وهو قولهما ، قلنا أن نمنع وهذا بخلاف ما إذا ملك ابنة عمه وهي أخته من الرضاع ، لأن المحرمية ما ثبتت بالقرابة والصبي جعل أهلاً لهذا العتق ، وكذا المجنون حتى عتق القريب عليهما عند الملك ، لأنه تعلق به حق العبد ، فشابه النفقة . ومن أعتق عبدًا لوجه الله تعالى أو للشيطان أو للصنم عتق لوجود ركن الإعتاق من أهله في محله ، ووصف القربة في اللفظ الأول زيادة ، فلا يختل العتق بعدمه في اللفظين الأخيرين

يقال لو كان كذلك لما عتق عليه قرابة الولاد .

أجاب بقوله م: (**بخلاف الولاد ، لأن العتق فيه من مقاصد الكتابة**) ش: لأن عتق نفسه لما كان مقصوداً بالكتابة لكونه يتغير بالرق ، فكذلك رق الوالد الولد ، فإذا كان العتق من عقد مقاصد الكتابة م: (**فامتنع بيع المعتق تحقيقًا لمقصود العقد**) ش: لأن المقصود العقد ، أما حرمة الأخ فليست من الكتابة لعدم لحوق العار برقة لحوقه برق أبيه أو ابنه .

م: (**وعن أبي حنيفة أنه يكاتب على الأخ أيضاً ، وهو قولهما**) ش: أي قول أبي يوسف ومحمد ، وسيجيء بيان هذا مستوفى في كتاب المكاتب إن شاء الله تعالى م: (**قلنا : إنه يمنع، وهذا الخلاف ما إذا ملك ابنة عمه وهي أخته من الرضاع**) ش: هذا جواب نقض إجمالي ، أي لا يعتق عليه تقديره هو قوله م: (**لأن المحرمية ما ثبتت بالقرابة**) ش: يعني أراد بالمحرمية محرمية أثرت فيها القرابة ، وهذه ليست كذلك ، لأن الرضاع هو المؤثر والمحرمية من الرضاع ليست بمرادة من الحديث بالإجماع ، لأنه لا قابل بعتقها أصلاً . م: (**والصبي جعل أهلاً لهذا العتق**) ش: أي عتق ذوي الرحم المحرم م: (**وكذا المجنون**) ش: أي كذا المجنون أهل لهذا العتق م: (**حتى عتق القريب عليهما عند الملك**) ش: أي عند ملكهما إياه ، بأن دخل قريبتها في ملكهما بغير صنع منهما كالإرث والهبة عتق عليهما م: (**لأنه تعلق به**) ش: أي بهذا العتق م: (**حق العبد**) ش: وهو العلة ، وقد وجدت م: (**فشابه النفقة**) ش: وهي تجب عليهما بالقرب ، فكذا يعتق قريبهما المحرم بالملك .
وقال في «المبسوط» : العلة تمت في حقه ، وهو الملك مع القرابة ، فإن الصغير يملك حقيقة ، ولهذا يحرم عليه أخذ الصدقة . م: (**ومن أعتق عبدًا لوجه الله تعالى أو للشيطان أو للصنم عتق**) **ش:** وعند الظاهرية لايعتق في الأخوين م: (**لوجود ركن الإعتاق**) ش: وهو لفظ الإعتاق م: (**من الأهل**) ش: وهو العاقل البالغ المالك م: (**في محله**) ش: وهو العبد المملوك المعتق ، وأراد بوجه الله رضا الله تعالى مجازاً وهو يجيء في اللغة على معان وجه الإنسان وغيره معروف ، ووجه النهار أوله ، ووجه الكلام السبيل الذي يقصده به . ووجوه الناس سادتهم ، وصرفت الشيء من وجه ، أي عن سببه ووصفه م: (**ووصف القربة في اللفظ الأول**) ش: وهو قوله لوجه الله م: (**زيادة**) ش: للتأكيد وذكر الله ليس بشرط م: (**فلا يختل العتق بعدمه**) ش: أي بعدم ذكر الله تعالى م: (**في اللفظين**

وعتق المكره والسكران واقع لوجود الركن من الأهل في المحل كما في الطلاق ، وقد بيناه من قبل . وإذا أضاف العتاق إلى ملك أو إلى شرط صح ، كما في الطلاق ، أما الإضافة إلى الملك ففيه خلاف الشافعي -رحمه الله- وقد بيناه في كتاب الطلاق ، وأما التعليق بالشرط فلأنه إسقاط فيجري فيه التعليق بالشرط بخلاف التمليكات على ما عرف في موضعه ، وإذا خرج عبد الحربي إلينا مسلمًا عتق؛ لقوله عليه السلام في عبيد الطائف حين خرجوا إليه مسلمين : هم عتقاء الله

الأخيرين) ش: وهو قوله أعتقت للشيطان ، وقوله أعتقت للصنم . لكنه يكون عاصيًا .

غاية ما في الباب أنه نفى القربة ، وفي نفيها لا ينافي الحرية ، كما إذا أعتقه على مال ، وقال الكلبي في «كتاب الأصنام» : إذا كان معمولاً من خشب أو ذهب أو فضة صورة إنسان فهو صنم ، وإن كان معمولاً من حجارة فهو وثن .

م: (**وعتق المكره والسكران واقع لوجود الركن من الأهل في المحل كما في الطلاق**) ش: وقد فسرنا هذا الآن م: (**وقد بيناه من قبل**) ش: أراد أنه بينه في الفصل الثاني من كتاب «الطلاق» ، وفي السكران اتفاق الأئمة الأربعة على المختار عندهم ، وفي المكره بخلاف الشافعي ومالك وأحمد ، ومن الكلام فيه هناك .

م: (**وإذا أضاف العتاق إلى ملك**) ش: بأن قال إن ملكتك فأنت حر م: (**أو إلى شرط**) ش: أي أو أضافه إلى شرط بأن قال لعبده : إن دخلت الدار فأنت حر م: (**صح**) ش: أي وقع م: (**كما في الطلاق**) ش: بأن قال إن تزوجتك فأنت طالق ، أو قال لامرأته إن دخلت الدار فأنت طالق .

م: (**أما الإضافة إلى الملك ففيه خلاف الشافعي وقد بيناه في كتاب الطلاق وأما التعليق بالشرط فلأنه إسقاط**) ش: أي إسقاط قصد إذ الإثبات ضمناً يلزم المناقضة بين هذا وبين ما قاله أولاً ، وهو أن الإعتاق لغة إثبات القوة م: (**فيجري فيه التعليق بالشرط**) ش: أي في الإسقاط ، ولا خلاف فيه بيننا وبين الشافعي ، إنما الخلاف بوجه آخر ، وهو أن بقاء الملك يشترط عند التعليق وعند وجود الشرط ، وزواله فيما بين ذلك لا يبطله ، وعنده يبطله لانعقاد التعليق سبباً عنده ، وعندنا ينعقد سبباً عند وجود الشرط .

م: (**بخلاف التمليكات**) ش: حيث لا يجري فيها التعليق لإفضائه إلى معنى القمار ، لأن في جعله متعلقًا بشرط لا يدري أن يكون أم لا يكون خطرًا وخيار الشرط في البيع ثبت أيضاً ، بخلاف القياس فلا يرد نقضًا م: (**على ما عرف في موضعه**) ش: أي في أصول الفقه .

م: (**وإذا خرج عبد الحربي إلينا مسلمًا عتق لقوله ﷺ**) ش: أي لقول النبي ﷺ م: (**في عبيد الطائف حين خرجوا إليه مسلمين : هم عتقاء الله**) ش: [1] هذا الحديث أخرجه عبد الرزاق في

---

(١) أخرجه أبو داود في الجهاد « باب في عبيد المشركين يلحقون بالمسلمين» (٢٧٠٠) والترمذي في مناقب علي=

تعالى، ولأنه أحرز نفسه وهو مسلم ولا استرقاق على المسلم ابتداء ، وإن أعتق حاملاً عتق حملها تبعًا لها ؛ إذ هو متصل بها ؛ ولو أعتق الحمل خاصة عتق دونها، لأنه لا وجه إلى إعتاقها مقصوداً لعدم الإضافة إليها ، ولا إليه تبعًا لما فيه من قلب الموضوع ثم إعتاق الحمل صحيح ، ولا يصح بيعه وهبته ، لأن التسليم نفسه شرط في الهبة والقدرة عليه في البيع ولم يوجد ذلك

مصنفه عن معمر عن عاصم بن سليمان حدثنا أبو عثمان النهدي عن أبي بكرة أنه خرج إلى رسول الله ﷺ وهو يحاصر أهل الطائف بثلاثة وعشرين عبداً فأعتقهم رسول الله ﷺ فهم الذين يقال لهم العتقاء .

وأخرج أبو داود في «الجهاد »والترمذي في «المناقب» عن ابن إسحاق عن أبان بن صالح عن منصور بن المعمر عن ربعي بن حراش عن علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنه قال خرج إلى رسول الله ﷺ يوم الحديبية . . الحديث ، وفي آخره : « هم عتقاء الله سبحانه» . قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح غريب . قوله : عبدان بكسر العين، وأن يكون بالباء الموحدة جمع عبد .

م: (**ولأنه**) ش: أي ولأن هذا العبد الذي خرج م: (**أحرز نفسه وهو مسلم**) ش: يعني أحرز نفسه بالإسلام م: (**ولا استرقاق على المسلم ابتداء**) ش: قيد به احترازاً عن الاسترقاق بقاء ، وذلك بأن يسلم بعد الأسر والسير ، لأن الرق حينئذ جعل من الأمور الحكمية لا الجزئية فبقي الرق كما تبقى سائر الأملاك بعد وجود أسبابها . وبقولنا قال الشافعي ومالك وأحمد وأكثر أهل العلم . وقال الأوزاعي : لو جاء سيده مثلاً يرد عليه ، وعند الظاهرية يعتق بالإسلام من غير خروج .

م: (**وإن أعتق حاملاً أعتق حملها تبعًا لها ، إذ هو متصل بها**) ش: لأنه كسائر أجزائها ، بدليل أنه لا يصح إفراده بالبيع كما لا يصح إفراد سائر أعضائها م: (**ولو أعتق الحمل خاصة عتق**) ش: أي الحمل م: (**دونها**) ش: أي دون الحامل م: (**لأنه لا وجه إلى إعتاقها مقصوداً ، لعدم الإضافة**) ش: أي لعدم إضافة الإعتاق م: (**إليها ولا إليه تبعاً**) ش: أي ولا وجه إلى إعتاق الجارية تبعًا م: (**لما فيه من قلب الموضوع**) ش: لأنه يكون التبع متبوعاً ، والمتبوع تابعًا وهو فاسد .

م: (**ثم إعتاق الحمل صحيح**) ش: أي بدون الأم عند الجمهور ، إلا عند الظاهرية م: (**ولا يصح بيعه وهبته ، لأن التسليم نفسه**) ش: بنصب نفسه ، لأنه تأكيد للمنصوب م: (**شرط في الهبة والقدرة عليه**) ش: أي على التسليم شرط م: (**في البيع ولم يوجد ذلك**) ش: أي القدرة عليه م:

= رضي الله عنه (٣٩٨١) وقال الترمذي : حديث حسن صحيح غريب ، قلت : فيه محمد ابن إسحاق وهو مدلس وقد عنعن . وأخرجه عبد الرزاق في الجهاد (٥/ ٣٠١) من طريق أبي عثمان النهدي عن أبي بكرة رضي الله عنه مرفوعاً .

بالإضافة إلى الجنين وشيء من ذلك ليس بشرط في الإعتاق فافترقا ؛ولو أعتق الحمل على مال صح ولا يجب المال إذ لا وجه إلى إلزام المال على الجنين ؛ لعدم الولاية عليه ولا إلى إلزامه الأم لأنه في حق العتق نفس على حدة، واشتراط بدل العتق على غير المعتق لا يجوز على ما مر في الخلع ، وإنما يعرف قيام الحبل وقت العتق إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر منه لأنه أدنى مدة الحمل .

(**بالإضافة إلى الجنين**) ش: أي بالنسبة إليه م: (**وشيء من ذلك**) ش: أي من القدرة والتسليم م: (**ليس بشرط في الإعتاق فافترقا**) ش: أي افترقا جواز إعتاق الحمل وعدم جواز بيعه وهبته . ولو قال : أعتقها إلا حملها ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد وإسحاق والنخعي والشعبي وعطاء وابن سيرين يصح استثناؤه من العتق ، وهو مروي عن ابن عمر وأبي هريرة ، فإنهم يجوزون عتق الجنين دون أمه بعد نفخ الروح ، وتكون أمه حرة تبعًا له .

م: (**ولو أعتق الحمل على مال صح ، ولا يجب المال ، إذ لا وجه إلى إلزام المال على الجنين لعدم الولاية عليه ولا إلى إلزامه الأم**) ش: أي ولا وجه إلى الالتزام للأم م: (**لأنه**) ش: أي لأن الجنين م: (**في حق العتق نفس على حدة ، واشتراط بدل العتق على غير المعتق**) ش: بفتح التاء م: (**لا يجوز**) ش: قيل عليه سلمنا ذلك ، لكن ينبغي أن يتوقف العتق إلى أن يبلغ الحمل إلى حد يكون من أهل القبول ، وهو أن يكون عاقلاً يعقل العقد . كما مر في خلع الصغيرة ، حيث قال فيه : وإن شرط الألف عليها متوقف على قبولها إن كانت من أهل القبول ، وإن كانت عاقلة تعقله العقد .

وأجيب : بأن ذلك في صريح الشرط ، وأما ها هنا فالمسألة مذكورة بكلمة على ، فكان المال ها هنا وصفًا للإعتاق ، ولا يلزم بطلان الأصل بطلان الوصف ، فيثبت العتق ولا يجب المال كما في طلاق الصغيرة ، وفيه نظر ، لأنه يقتضي أنه ذكر بكلمة الشرط توقف ، ولا بد فيه من رواية ، واعتباره بخلع الصغيرة غير صحيح ، لأنه قال فيه : وإن شرط عليها توقف على قبولها إن كانت من أهل القبول ، فالتوقف فيه مشروط بكونها من أهل القبول ، والحمل ليس منه ، والأولى أن يقال لما كان علم المعتق عدم كون الحمل أهلاً للخطاب ، وقبول الشرط وأقدم على العتق كان قاصداً للإعتاق بلا مال أو يحمل على ذلك صونًا لكلامه عن الإلغاء .

م: (**على ما مر في الخلع**) ش: قال السغناقي : هذا حوالة غير رابحة ، ثم يحتمل أن يكون مراده أي في مسألة خلع الجامع الصغير .

قلت : نفس الأمر يستبعد هذا ، وقال الأترازي : ويجوز أن يكون ذلك إشارة إلى ما ذكره في خلع كفاية المنتهى ، لأنه قبل هذا الكتاب . م: (**وإنما يعرف قيام الحمل**) ش: بالميم . وفي بعض النسخ الحبل بالباء م: (**وقت العتق إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر منه**) ش: أي من وقت العتق م: (**لأنه أدنى مدة الحمل**) ش: هذا متصل بقولاه وإن أعتق جارية عتق حملها ، ولو أعتق الحمل

قال : وولد الأمة من مولاها حر ، لأنه مخلوق من مائه فيعتق عليه ، هذا هو الأصل ، ولا معارض له فيه ، لأن ولد الأمة لمولاها وولدها من زوجها مملوك لسيدها لترجح جانب الأم باعتبار الحضانة أو لاستهلاك مائه بمائها . والمنافاة متحققة

خاصة عتق دونها ، يعني إنما يعتق الحمل إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الإعتاق ، وإن جاءت به لستة أشهر فلا .

نص عليه الحاكم في« الكافي» قال : وإن قال ما في بطنك حر فولدت بعد ذلك لستة أشهر لم يعتق ، وإن ولدت لأقل من ستة أشهر عتق . وفي « التحفة» : فإن كانت الأمة في عدة من زوج عتق الولد إذا ولدته ما بينهما وبين سنتين منذ وجبت العدة ، وإن كان لأكثر من ستة أشهر منذ قال المولى ، قال الحاكم في « الكافي » : وإن ولدت واحداً لأقل من ستة أشهر بيوم واحد لأكثر منها بيوم .

م: (قال) ش: أي القدوري م: (**وولد الأمة من مولاها حر ، لأنه مخلوق من مائه فيعتق عليه**) ش: بإجماع الأئمة م: (**هذا هو الأصل**) ش: أي الولد من ماء صاحب الماء م: (**ولا معارض له فيه**) ش: أي في الولد م: (**لأن ولد الأمة لمولاها**) ش: لأن ماء الأمة لا يعارض ماءه ، لأن ماءها مملوك له فيكون الماءان له م: (**وولدها من زوجها مملوك لسيدها لترجح جانب الأم باعتبار الحضانة**) ش: لأن حق الحضانة للأم لا للأب غير مرجح جانبها بها م: (**أو لاستهلاك مائه بمائها**) ش: أي أو لترجح باستهلاك ماء زوجها بمائها ، لكون مائها في موضعه .

والحاصل أن جانب الأم يترجح بأمور منها الحضانة . قيل فيه نظر ، لأن حق الحضانة إنما يثبت بعد الولادة ، فلا يجوز أن يكون مرجحاً لما هو قبلها ومعنا استهلاك مائه بمائها ومنها الولد ما دام جنيناً فهو بمنزلة عضو من أعضائها كيدها ورجلها إلى أن ينفصل حسنًا وشرعًا ، أما حسنًا فإنه يتنفس بنفسها ، وينتقل بانتقالها حتى يقرض بالمقراض عند انفصاله منها شرعًا ، فلأنه يعتق بعتقها قيل فيه نظر ، لأن الكلام في إثباته فلا يستدل به عليه ، ومنها أنه يتيقن كونه مخلوقًا من مائها ، بخلاف الزوج ، فكان الفراش من جانبها حقيقة وحكمًا ، ومن جانبه حكمًا فقط .

م: (**والمنافاة متحققة**) ش: أي بين ماء الرجل وماء المرأة ، والمنافاة أي لا يجتمع الأمران في محل واحد في زمان واحد من جهة واحدة كالمتضادين ، وهذا كأنه جواب سؤال مقدر تقدير السؤال أن يقال : كيف يكون الرجل مستهلكًا لماء المرأة ، وهي من جنس واحد ، ولا منافاة بينهما ، والجنس لا يغلب الجنس ، وتقدير ما قاله من قوله - والمنافاة متحققة بينهما - لأنه طبع ماء الرجل حار ، وطبع ماء المرأة بارد ، وبينهما منافاة لا محالة ، وماء المرأة في مستقره يزاد قوة وماء الرجل في غير مستقره ، فيكون مغلوباً بمائها .

وقال الأكمل : والمنافاة متحققة ، جواب عما يقال الترجيح يحتاج إليه بعد التعارض ،

والزوج قد رضي به بخلاف ولد المغرور ؛ لأن الوالد ما رضي به ، وولد الحرة حر على كل حال ، لأن جانبها راجح فيتبعها في وصف الحرية كما يتبعها في المملوكية والمرقوقية والتدبير وأمومية الولد والكتابة ، والله تعالى أعلم .

وتقريره التعارض موجود ، لأن المنافاة متحققة ، فإنه لو اعتبر جانب الأم كان مملوكًا لسيدها ، وإن اعتبر جانب الأب لا يكون مملوكًا لسيدها فتثبت المنافاة ، بخلاف الولد من الموالي فإنه للمولى ، أي جانب اعتبر . م: **(والزوج قد رضي به)** ش: أي برق الولد ، هذا جواب عما يقال إذا اعتبر جانب المرأة حتى يكون الولد مملوكاً لمولاها لضرر الأب ، والضرر مدفوع شرعًا وتقرير الجواب أن الزوج قد رضي برق الولد حيث أقدم على تزوج الأمة ، فإن الولد يرق به ، وفيه نظر لأن العلم بكون الولد رقيقًا بتزوج الأمة إنما يكون بعد ثبوت هذا الحكم في الشرع ، وكلامنا في شرعيته . م: **(بخلاف ولد المغرور ، لأن الوالد ما رضي به)** ش: أي لأن المغرور لما تزوج الأمة بلا علم لم يرض بإسقاط نفقته ، فصار ولده حراً بالقيمة نظرًا للجانبين م: **(وولد الحرة حر على كل حال)** ش: أي سواء كان زوجها حرًا أو عبدًا م: **(لأن جانبها راجح فيتبعها)** ش: أي فيتبعها الولد م: **(في وصف الحرية)** ش: يعني يكون حراً م: **(كما يتبعها في المملوكية)** ش: فيكون مملوكاً ، وهذا لرجحان جانبها بسبب الحرية فيتبعها الولد في الحرية كما في الرق م: **(والمرقوقية)** ش: عطف على ما قبله أي يتبعها في المرقوقية أيضًا م: **(وأمية الولد)** ش: يعني إذا زوج المولى أم ولده من رجل يكون الولد في حكم أمه م: **(والتدبير)** ش: يعني إذا زوج مدبرته من رجل يكون الولد في حكم أمه م: **(والكتابة)** ش: يعني إذا كاتب المولى أمته ثم ولدت دخل الولد في كتابة الأم تبعًا .

وقال الكاكي : أورد هذين الفصلين ، يعني المملوكية والمرقوقية لتغايرهما من حيث الكمال والنقصان ، فإن في المدبرة وأم الولد الملك كامل والرق ناقص ، وفي المكاتبة على عكسه ، أو لأن المملوكية عام فيكون في بني آدم وغيرهم ، والمرقوقية خاصة في بني آدم فتعين أن الولد يتبع الأم في العام والخاص ، ولهذا أن البقر الوحشي والحمر الإنسية والظباء لا يجوز في الأضحية ، ولو كان الولد بين الوحشي والإنسي وكانت الأم وحشية لا يجوز ، وإن كانت أهلية يجوز لما أن الولد تابع للأم فيها ، كذا في «فتاوى الولوالجي» ، انتهى . وقال الأترازي : قال بعضهم في شرحه إنما ذكر هذين اللفظين لتغايرهما إلى آخر ما ذكره وفيه نظر ، لأن الرق لا يحتمل التجزؤ ، وبه صرح أصحابنا في أصول الفقه ، وما لا يحتمل التجزؤ كيف يقبل النقصان، انتهى . وقال الكاكي : ثم الولد يتبع الأم في الرق والحرية وأمومية الولد والكتابة وفي التدبير ، وفي« المنهاج » : إن ولدت المدبرة من نكاح أو زنا لا يصير ولدها مدبراً على المذهب، وإن دبر الحامل صار مدبراً على المذهب، وعن أحمد وجابر بن زيد وعطاء لا يتبعها ولدها في التدبير حتى لا يعتق بموت سيدها ، والله أعلم .

باب العبد الذي يعتق بعضه

وإذا أعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر، ويسعى في بقية قيمته لمولاه عند أبي حنيفة -رحمه الله وقالا: يعتق كله وأصله أن الإعتاق يتجزأ عنده فيقتصر على ما أعتق ، وعندهما لا يتجزأ، وهو قول الشافعي -رحمه الله -فإضافته إلى البعض كإضافته إلى الكل ، فلهذا يعتق كله ، لهم أن الإعتاق إثبات العتق وهو قوة حكمية ، وإثباتها بإزالة ضدها وهو الرق الذي هو ضعف حكمي وهما

م: (**باب العبد الذي يعتق بعضه**)

ش: أي هذا باب العبد ، بإضافة الباب إلى العبد ، أي هذا باب في بيان حكم العبد حال كونه يعتق بعضه ويعتق على صيغة المجهول محله النصب على الحال ، ويجوز قطع الباب عن الإضافة ، ويكون قوله العبد مبتدأ ويعتق بعضه خبر له في محل الرفع . ولما فرغ من بيان إعتاق الكل شرع في بيان إعتاق البعض ، وأخر هذا عن ذاك لأن ذاك متفق عليه ، وهذا مختلف فيه ، والأصل عدم الاختلاف ، أو لأن الأول كثير الوقوع ، فاستحق التقديم .

م: (**وإذا أعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر**) ش: وفي« المنافع» أي زال ملكه عن ذلك البعض ، ولم يرد به حقيقة العتق عند أبي حنيفة ، وإنما أراد به ثبوت أثره ، وهو زوال الملك م: (**ويسعى في بقية قيمته لمولاه عند أبي حنيفة**) ش: وهو قول الحسن البصري ، ويروى عن علي رضي الله تعالى عنه م: (**وقالا يعتق كله ، وأصله**) ش: أي أصل الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه م: (**أن الإعتاق يتجزأ عنده**) ش: أي عند أبي حنيفة م: (**فيقتصر على ما أعتق**) ش: أي يقتصر إعتاقه على ما قدر إعتاقه .

م: (**وعندهما لا يتجزأ ،وهو قول الشافعي**) ش: فيما إذا كان المالك واحدًا أو كان المعتق موسرًا ، فعند ذلك قوله كقولهما ، أما لو كان المعتق معسراً يبقى ملك الساكت كما كان حق يجوز له بيعه وهبته ، وبقول الشافعي قال مالك وأحمد . وقولهما قول قتادة والثوري والشعبي . وروي عن عمر رضي الله تعالى عنه م: (**فإضافته**) ش: أي إضافة الإعتاق م: (**إلى البعض**) ش: أي إلى بعض العبد م: (**كإضافته إلى الكل ، فلهذا يعتق كله**) ش: أي كل العبد ، والمراد من تجزؤ الإعتاق والملك أن يتجزأ المحل في قبول حكم الإعتاق، وهو زوال الملك بأن يزول في البعض دون البعض ، وأن يتجزأ المحل في قبول حكم الملك ، وهو أن البعض مملوك لواحد ، والبعض لآخر ، وليس معناه أن ذات الإعتاق أو ذات الملك يتجزأ ، لأنه معنى واحد لا يقبل التجزؤ .

م: (**لهم**) ش: أي لأبي يوسف ومحمد والشافعيم: (**أن الإعتاق إثبات العتق وهو**) ش: أي العتق م: (**قوة حكمية ، وإثباتها بإزالة ضدها ، وهو الرق الذي هو ضعف حكمي وهما**) ش: أي العتق

لا يتجزآن ، فصار كالطلاق والعفو عن القصاص ، والاستيلاد . ولأبي حنيفة رحمه الله : أن الإعتاق إثبات العتق بإزالة الملك أو هو إزالة الملك ؛لأن الملك حقه ، والرق حق الشرع أو هو حق العامة، وحكم التصرف ما يدخل تحت ولاية المتصرف وهو إزالة حقه لا حق غيره ، والأصل أن التصرف يقتصر على موضع الإضافة والتعدي إلى ما وراءه ضرورة عدم التجزؤ ، والملك متجزئ كما في البيع والهبة ، فيبقى على الأصل وتجب السعاية لاحتباس مالية البعض عند العبد والمستسعى بمنزلة المكاتب

والرق م: (**لايتجزآن**) ش: فلا يتجزأ الإعتاق أيضًا م: (**فصار**) ش: أي الإعتاق م: (**كالطلاق**) ش: فإنه لا يتجزأ م: (**والعفو عن القصاص**) ش: كذلك لا يتجزأ م: (**والاستيلاد**) ش: أي وكالاستيلاد فإنه لا يتجزأ حتى لو استولد الأمة المشتركة تصير كلها أم ولد له .

م: (**ولأبي حنيفة أن الإعتاق إثبات العتق بإزالة الملك**) ش: كما قالوا م: (**أو هو**) ش: أي الإعتاق إزالة الملك كما قال أبو حنيفة ، يعني إزالة ملك متجزئ مفض لزوال كله إلى العتق ، والحصر ظاهر ، لأنهم لما اختلفوا في هذين العينين كان إجماعاً منهم أن غير ذلك ليس بمراد ، وإنما قال أبو حنيفة : إنه إزالة ملك ، لأن الملك حقه والرق حق الشرع ، لأن الله عز وجل أجرى عليه الرق جزاء الكفر ، حيث استنكف أن يكون عبدًا لله تعالى فجعله الله عبد عبده م: (**أو هو حق العامة**) ش: أي أو الرق حق العامة ليكون نعوته للمتكلفين على إقامة التكليف ، يعني القائمين يستغنمونه كما يستغنمون سائر الأموال ، فصار في حقهم بمنزلة الجماد ليصلوا إلى الانتفاع به .

م: (**وحكم التصرف ما يدخل**) ش: أي الذي يدخل م: (**تحت ولاية المتصرف وهو**) ش: أي الذي يدخل تحت ولاية م: (**إزالة حقه لا حق غيره**) ش: لأنه ليس له ولاية في التصرف في حق غيره م: (**والأصل**) ش: في حكم التصرف م: (**أن التصرف يقتصر على موضع الإضافة**) ش: أي موضع يضاف إليه التصرف فيه م: (**والتعدي إلى ما وراءه**) ش: أي وراء موضع الإضافة م: (**ضرورة عدم التجزؤ**) ش: أي لأجل عدم التجزؤ م: (**والملك متجزئ**) ش: فزال ملكه عن البعض الذي أعتقه م: (**كما في البيع**) ش: إذا باع نصيبه من العبد المشترك يزول ملكه عن البعض الذي باعه م: (**والهبة**) ش: كما إذا وهب نصيبه من العبد المشترك لشريكه يزول ملكه عن البعض م: (**فبقي على الأصل**) ش: وهو أن يقتصر التصرف على موضع الإضافة .

م: (**وتجب السعاية لاحتباس مالية البعض عند العبد**) ش: معنى ما يتجزأ بالإعتاق بإزالة بعض الملك متجزئ جنس مالية البعض عن العبد ، فتجب عليه السعاية . والاستسعاء أن يؤجر ويأخذ قيمة نصفه من الأجرة ، ويعتبر قيمته في الحال م: (**والمستسعى**) ش: بفتح العين م: (**بمنزلة المكاتب عنده**) ش: أي عند أبي حنيفة ، وقيل قوله بمنزلة المكاتب غير جيد ، لأن ذلك للمولى ثابت في

عنده لأن الإضافة إلى البعض توجب ثبوت المالكية في كله وبقاء الملك في بعضه يمنعه ، فعملنا بالدليلين بإنزاله مكاتبًا ، إذ هو مالك يدًا لا رقبة والسعاية كبدل الكتابة ، فله أن يستسعيه ، وله خيار أن يعتقه ؛ لأن المكاتب قابل للإعتاق غير أنه إذا عجز لا يرد إلى الرق ، لأنه إسقاط لا إلى أحد فلا يقبل الفسخ بخلاف الكتابة المقصودة ، لأنه عقد يقال ويفسخ . وليس في الطلاق والعفو عن القصاص

المكاتب وهو عبد ما بقي عليه درهم ومعتق البعض زال ملكه عن البعض ، فليس هو نظير المكاتب بل الجيد أن يقال سقط ملكه واستحق الحرية بغير عوض . وأجيب بأن مرادهم بقوله بمنزلة المكاتب أنه لا يجوز بيعه ولا هبته ، ويخرج إلى العتق بالسعاية ، والمكاتب يخرج إليه بأداء البدل .

م: (**لأن الإضافة**) ش: أي إضافة الإعتاق م: (**إلى البعض توجب ثبوت المالكية للعبد في كله**) ش: باعتبار العتق م: (**وبقاء الملك في بعضه يمنعه**) ش: عن ثبوت المالكية باعتبار الرق في الكل باعتبار العتق م: (**فعملنا بالدليلين**) ش: لنا أن زوال الملك في النصف يوجب ثبوت المالكية في الكل باعتبار العتق ، لأنه لا يتجزأ وبقاء الملك في النصف يوجب ثبوت المالكية باعتبار الرق .

فقد اجتمع في العبد ما يوجب ثبوت المالكية في الكل ، وما يوجب بقاء الملك في الكل والعمل بالدليلين ممكن بأن يجعل مكاتبًا وهو قوله م: (**بإنزاله مكاتبًا ، إذ هو**) ش: أي المكاتب م: (**مالك يدًا لا رقبة**) ش: يعني مملوك رقبة كالمستسعى ، ويجوز أن يكون المعنى هو معتق البعض مالك يدًا لأجل السعاية ، مملوك رقبة كالمكاتب . ويجوز أن يكون معناه إضافة العتق إلى البعض يوجب ثبوت المالكية في الكل كما هو قولهما ، وبقاء الملك في بعض يمنعه ، كما هو قول أبي حنيفة ، فقلنا إنه حر يدًا مملوك رقبة كالمكاتب عملاً بالدليلين .

وإذا كان المستسعى كالمكاتب م: (**والسعاية**) ش: يكون م: (**كبدل الكتابة فله**) ش: أي للمولى م: (**أن يستسعيه وله خيار أن يعتقه ، لأن المكاتب قابل للإعتاق غير أنه**) ش: هذا جواب عما يقال لو كان بمنزلة المكاتب لكان رقيقًا إذا عجز . أجاب بقوله غير أنه أي المستسعى .

م: (**إذا عجز لا يرد إلى الرق ، لأنه إسقاط لا إلى أحد**) ش: والإسقاط لا إلى أحد ليس فيه معنى المعاوضة ، لأنها إنما تتحقق بين اثنين ، وإذا لم تتحقق بين فيه المعاوضة م: (**فلا يقبل الفسخ بخلاف الكتابة المقصودة**) ش: فإنه إسقاط من المولى إلى المكاتب إفراداً على تحصيل بدل الكتابة ، فكان فيها معنى المعاوضة .

م: (**لأنه عقد يقال ويفسخ**) ش: كلاهما على صيغة المجهول من الإقالة والفسخ . وفي بعض النسخ لأنه إسقاط إلى الأجل ، يعني بخلاف المقصود ، فإن الإسقاط فيها إلى أجل ، وهو وقت أداء بدل الكتابة م: (**وليس في الطلاق والعفو**) ش: جواب عن قولهم ، وصار كالطلاق والعفو م: (**عن القصاص**) ش: وتقرير الجواب أنه إنما يثبت العتق في الكل لإمكان العمل بالدليلين لوجود

حالة متوسطة فأثبتناه في الكل ترجيحًا للمحرم ، والاستيلاد متجزىء عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه ، وفي القنة لما ضمن نصيب صاحبه بالاستيلاد ملكه بالضمان فكمل الاستيلاد ، وإذا كان العبد بين شريكين فأعتق أحدهما نصيبه عتق ، فإن كان موسرًا فشريكه بالخيار إن شاء أعتق ، وإن شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه ، وإن شاء استسعى العبد

م: (**حالة متوسطة**) ش: بين الحرية والرق ، وهي الكتابة يصار إليها ، وليس في الطلاق والعتق حالة متوسطة م: (**فأثبتناه في الكل ترجيحًا للمحرم**) ش: على المبيح .

م: (**والاستيلاد متجزئ عنده**) ش: أي عند أبي حنيفة . وهذا جواب عن قولهم والاستيلاد وتقريره أن الاستيلاد يتجزأ عند أبي حنيفة م: (**حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه**) ش: أي على نصيب المستولدة ، يعني إنما ولدت الأمة المدبرة بين رجلين ولدًا فادعاه أحدهما تصير نصف الجارية أم ولد ، ونصفها مدبرة لشريكه ، على أنها لو ماتا يعتق نصف الشريك من الثلث ، ونصف الآخر من الجملة ولاء الولد بينهما وفي رواية كتاب الولاء نصف الولد للثاني ، وليس للولد عليه ولاء ، وعليه نصف قيمة المدبر مدبرًا يوم ولد ، لأن الولد في الظاهر منها وقد أتلف ، كذا ذكره شمس الأئمة البيهقي في « الشامل» في قسم السقوط .

م: (**وفي القنة**) ش: جواب عما يقال لو كان الاستيلاد متجزئًا لاطرد في القنة ، تقدير الجواب إنما لم يتجزأ في القنة لأن المستولد م: (**لما ضمن نصيب صاحبه بالاستيلاد ملكه بالضمان ، فكمل الاستيلاد**) ش: أي كمل استيلاد القنة بالضمان فصار كأنه استولد جارية نفسه ، لأن الاستيلاد عنده غير متجزئ .

م: (**وإذا كان العبد بين شريكين فأعتق أحدهما نصيبه عتق**) ش: أي عتق نصيبه عتق ، وإنما قال عتق وإن كان العتق لا يتجزأ بالاتفاق لما أنه أراد زوال ملكه في نصيبه قاله الأترازي .

وقال الكاكي : عتق أي استحق العتق لزوال ملك المعتق وملك الشريك أيضًا مع بقاء الرق في كل العبد عند أبي حنيفة لا يثبت شيء من المعتق به م: (**فإن كان**) ش: أي المعتق م: (**موسرًا فشريكه بالخيار إن شاء أعتق وإن شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه ، وإن شاء استسعى العبد**) ش: ذكر المصنف ثلاثة خيارات كما ذكر في «المبسوط » .

وفي «التحفة» له خمسة خيارات إن كان موسرًا إن شاء أعتق ، وإن شاء ضمن ، وإن شاء كاتب وإن شاء استسعى ، وإن شاء دبر ، فإذا دبر يصير نصيبه مدبرًا ويجب عليه السعاية للحال فيعتق ، ولا يجوز أن يؤخر عتقه إلى ما بعد الموت ، وفي هذه المسألة أقوال :

أحدها : ما ذكره أبو حنيفة .

والثاني : قولهما .

والثالث : قول ربيعة بن أبي عبد الرحمن أنه لا يعتق شيء منه كان بإذن شريكه أو بغير إذنه .

والرابع : قول عثمان البتي أنه يعتق نصيب من أعتق ، ويبقى نصيب من لم يعتق على حاله ، ولا ضمان على المعتق ، وهو مروي عن عمر ، رواه ابن أبي شيبة .

والخامس : قول الثوري والليث شريكه بالخيار ، وإن شاء أعتق ، وإن شاء ضمن، ولم يذكر السعاية .

والسادس : قول زفر وبشر أن له التعيين ، سواء كان المعتق موسرًا أو معسرًا .

والسابع : يعتق الباقي من مال المسلمين ، وهو قول ابن سيرين . .

والثامن : قول مالك يقوم عليه نصيب شريكه وضمنها له ، ويعتق كله بعد التقويم لأجله ، وإن شريكه أعتق نصيبه ليس له أن يمسكه رقيقًا ، ولا أن يكاتبه ، ولا أن يدبره ، ولا أن يبيعه ، وإن عقل عن التقويم حتى مات المعتق أو العبد بطل ، وماله كله لمن يمسكه بالرق ، وإن كان المعتق معسراً فالباقي رقيق يتبعه الساكت أو يكاتبه أو يدبره أو يمسكه رقيقاً سواء السير بعد إعتاقه أم لا ، قيل لا يعلم لأحد قبله من السلف .

والتاسع : أحد أقوال الشافعي وهو أن المعتق إن كان موسرًا قوم عليه نصيب شريكه وهو حر كله حين أعتقه مولاه ، وإن كان معسرًا عتق ما عتق ، وبقي الباقي مملوكًا يتصرف مالكه كيف شاء .

والعاشر : قول أبي حنيفة في الولاء أنه مشترك بين المعتق والمستسعى ، وهو قول الحسن البصري وحماد بن أبي سليمان والثوري ، وعندهما للمعتق دون المستسعى ، وهو قول إبراهيم النخعي وعامر الشعبي وابن شبرمة وابن أبي ليلى .

والحادي عشر : لو كان المعتق موسراً له عتق نصيبه متجزئًا أو مضافًا عند أبي حنيفة وعند مالك يعتقه حالاً لا إلى أجل .

والثاني عشر : قول مالك إن كان المعتق موسرًا لا يعتق نصيبه حتى يؤدي قيمة نصيب شريكه، وعند أبي يوسف ومحمد والشافعي يعتق في الحال .

والثالث عشر : أحد أقوال الشافعي أن الحال موقوفة ، فإذا أدى تبين أنه أعتق كله .

والرابع عشر : أن العتق يسري بالإرث عندنا بلا ضمان ، وعند الشافعي وبعض المالكية لا يسري ولا يضمن .

والخامس عشر : لو كان المشترك رهنًا يسري عندنا ، وبين الشافعية خلاف فيها .

فإن ضمن رجع المعتق على العبد ، والولاء للمعتق ، وإن أعتق أو استسعى فالولاء بينهما ، وإن كان المعتق معسرًا فالشريك بالخيار ، إن شاء أعتق ، وإن شاء استسعى العبد، والولاء بينهما في الوجهين ، وهذا عند أبي حنيفة - رحمه الله - وقالا: ليس له إلا الضمان مع اليسار والسعاية مع الإعسار ، ولا يرجع المعتق على العبد والولاء للمعتق ، وهذه المسألة تبتنى على حرفين. أحدهما: تجزؤ الإعتاق وعدمه على ما بيناه . والثاني : أن يسار المعتق لا يمنع سعاية العبد عنده ، وعندهما يمنع لهما في الثاني قوله عليه السلام في الرجل الذي يعتق نصيبه إن كان غنيًا ضمن ، وإن كان فقيرًا سعى في حصة الآخر

والسادس عشر : لو وصى بعتق نصيبه ؛ يسري عندنا ، وعند الشافعي خلاف فيها .

م: (**فإن ضمن**) ش: أي الشريك إن ضمن المعتق بكسر التاء م: (**رجع المعتق**) ش: بكسر التاء م: (**على العبد والولاء للمعتق وإن أعتق**) ش: أي الشريك م: (**أو استسعى**) ش: العبد م: (**فالولاء بينهما**) ش: أي بين الشريكين .

م: (**وإن كان المعتق معسرًا فالشريك بالخيار إن شاء أعتق ، وإن شاء استسعى العبد ، والولاء بينهما في الوجهين**) ش: أي في صورة الإعتاق وصورة السعاية .

م: (**وهذا**) ش: أي المذكور م: (**قول أبي حنيفة ، وقالا**) ش: أي أبو يوسف ومحمد م: (**ليس له**) ش: أي للشريك الساكت م: (**إلا الضمان مع اليسار**) ش: أي مع يسار العتق م: (**والسعاية**) ش: أي ليس له إلا السعاية م: (**مع الإعسار**) ش: أي مع إعسار الشريك م: (**ولا يرجع المعتق على العبد**) ش: أي لا يرجع بما ضمن ، لأن العبد لا يجب عليه السعاية عندهما في اليسار ، وعند أبي حنيفة : يرجع عليه ، لأنه بأداء الضمان قام مقام الساكت ، فكأن الساكت أخذ العوض منه بالاستسعاء . فكذلك كان للمعتق الرجوع عليه بما أدى م: (**والولاء للمعتق**) ش: بكسر التاء .

م: (**وهذه المسألة**) ش: المذكورة ، أي رجوع المعتق على العبد ، وعدم الرجوع عند أداء الضمان م: (**تبتنى على حرفين**) ش: أي أصلين دقيقين م: (**أحدهما**) ش: أي أحد الحرفين م: (**تجزؤ الإعتاق وعدمه**) ش: أي وعدم التجزؤ م: (**على ما بيناه**) ش: أي عند قوله في أول الباب ، وأصله أن الإعتاق يتجزأ عنده إلى آخره . م: (**والثاني**) ش: أي الحرف الثاني م: (**أن يسار المعتق لا يمنع سعاية العبد عنده**) ش: أي عند أبي حنيفة م: (**وعندهما يمنع**) ش: السعاية ، وبين وجه الحرف الأول ، وشرع هنا في بيان الحرف الثاني بقوله :

م: (**لهما في الثاني**) ش: أي لأبي يوسف ومحمد في وجه الحرف الثاني م: (**قوله عليه السلام**) ش: أي قول النبي ﷺ م: (**في الرجل الذي يعتق نصيبه إن كان غنيًا ضمن ، وإن كان فقيرًا سعى العبد في حصة الآخر**) ش: هذا الحديث أخرجه الأئمة الستة عن سعيد بن عروة عن قتادة عن

قسم ، والقسمة تنافي الشركة ، وله أنه احتبست مالية نصيبه عند العبد ، فله أن يضمنه كما إذا هبت الريح بثوب إنسان وألقته في صبغ غيره ، حتى انصبغ به فعلى صاحب الثوب قيمة صبغ الآخر موسراً كان أو معسراً لما قلنا . فكذا هاهنا ، إلا أن العبد فقير فيستسعيه . ثم المعتبر يسار التيسير وهو أن يملك من المال قدر قيمة نصيب الآخر لا يسار الغناء

بشير بن نهيك عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه ، قال : قال رسول الله ﷺ « **من أعتق شقصاً له في عبد فخلاصه في ماله إن كان له مال ، فإن لم يكن له مال يستسعي العبد غير مشقوق عليه** » .

وجه الاستدلال أن النبي ﷺ م: (**قسم الأمرين**) ش: أعني خلاص العبد وسعايته بين الحالين أعني يسار المعتق وإعساره م: (**والقسمة تنافي الشركة**) ش: فلا يكون للشريك الساكت سعاية العبد مع يسار المعتق م: (**وله**) ش: أي ولأبي حنيفة م: (**أنه احتسبت مالية نصيبه**) ش: بفتح التاء والباء على بناء الفاعل . قال السفناقي : هكذا كان مقيداً بخط شيخي ، وقوله مالية نصيبه بالرفع فاعل احتسب م: (**عند العبد فله أن يضمنه**) ش: أي يضمن العبد حاصل المعنى أن مالية نصيب الشريك الساكت احتسب عند العبد ، فكان للساكت أن يضمن العبد لاحتباس نصيبه عنده ، إلا أن العبد فقير لم يمكن القول بتضمنه ، فوجب الاستسعاء .

م: (**كما إذا هبت الريح بثوب إنسان وألقته في صبغ غيره حتى انصبغ به ، فعلى صاحب الثوب قيمة صبغ الآخر موسراً كان أو معسراً لما قلنا**) ش: يريد به قوله وله أنه احتسب مالية نصيبه م: (**فكذا ها هنا**) ش: أي فكما انتفع رب الثوب بالصبغ ، فكذا هنا ينتفع العبد بالعتق م: (**إلا أن العبد فقير فيستسعيه فيه**) ش: أي فيستسعيه الشريك فيما يخصه ، قيل عليه إذا سعى فالقياس أن يرجع على المعتق ، لأنه هو الذي ورطه فصار كالعبد المرهون ، فإنه يرجع على الراهن بما سعى .

وأجيب: بأن عسرة المعتق تمنع وجوب الضمان عليه للساكت فلذلك يمنعه العبد والعبد إنما سعى في بدل رقبته وماليته ، وقد سلم له ذلك فلا يراجع به على أحد بخلاف المرهون فإن سعايته ليست في بدل رقبته بل في الدين الثابت في ذمة الراهن ، ومن كان مجبراً على قضاء دين في ذمة الغير من غير التزام من جهته ثبت له الرجوع عليه كما في مقر الرهن .

فإن قيل : ما ذكر من وجه أبي حنيفة في مقابلة النص وهو باطل . أجيب : بأن النبي ﷺ قسم على وجه الشرط لأنه عليه السلام علق الاستسعاء بفقر المعتق ، وهو لا ينافي الاستسعاء عند عدمه ، لأن المعلق بالشرط يقتضي الوجود عند الوجود ، ولايقتضي العدم عند العدم جاز أن يثبت السعاية عند وجود الدليل ، وإن كان موسراً وقد وجد ذلك على ما ذكر من وجه أبي حنيفة .

م: (**ثم المعتبر يسار التيسير**) ش: الاعتبار في يسار المعتق الذي يجب به عليه الضمان هو يسار التيسير م: (**وهو أن يملك من المال قدر قيمة نصيب الآخر**) ش: فاصلاً عن ملبوسه ، ونفقة نفسه ونفقة عياله م: (**لا يسار الغناء**) ش: أي لا يعتبر يسار الغني، هذا ظاهر الرواية ، وبه قال الشافعي

لأن به يعتدل النظر من الجانبين بتحقيق ما قصده المعتق من القربة وإيصال بدل حق الساكت إليه، ثم التخريج على قولهما ظاهر فعدم رجوع المعتق بما ضمن على العبد لعدم السعاية عليه في حالة اليسار والولاء للمعتق ، لأن العتق كله من جهته لعدم التجزؤ ، وأما التخريج على قوله ، فخيار الإعتاق لقيام ملكه

ومالك وأحمد . ومن المشايخ من اعتبر نصاب حرمة الصدقة . وفي« العيون» و«المختار» ظاهر الرواية م: (**لأن به**) ش: أي بيسار التيسير م: (**يعتدل النظر من الجانبين**) ش: أي من جانب العتق وجانب الشريك الساكت ، لأن مقصود المعتق تحقيق القربة ، ومقصود الشريك حصول بدل حقه إليه ، فبيسار التيسير يحصل الأمران، فلا حاجة إلى يسار الغني ، وهو معنى قوله م: (**بتحقق ما قصده المعتق من القربة**) ش: أي التقرب إلى الله تعالى بالعتق م: (**وإيصال**) ش: أي وبإيصال م: (**بدل حق الساكت إليه**) ش: أي عوض نصيبه من العبد .

وفي «التحفة» : إنما تعتبر القيمة في الضمان والسعاية يوم الإعتاق ، لأنه سبب الضمان ، وكذا يعتبر حال المعتق في يساره وإعساره يوم الإعتاق حتى لا يسقط الضمان إذا أعسر بعد اليسار ولا يثبت الضمان إذا أيسر بعد الإعسار .

وفي « التمرتاشي » لو قال المعتق : أعتقت وأنا معسر ، وقال الساكت بخلافه نظر إليه يوم ظهور العتق كما في الإجارة إذا اختلفا في انقطاع الماء وجريانه ، وإن مات العبد قبل أن يختار الساكت شيئًا لم يكن له تضمن الموسر في رواية عن أبي حنيفة ، لأن التضمين بشرط نقل الملك إلى العتق وقد فات النقل بالموت في ظاهر الرواية عنه له ذلك أو يأخذ من شريكه ، لأن الضمان واجب . ولو باع الساكت نصيبه من المعتق أو وهب على عوض في القياس أن يجوز .

وفي «الاستحسان» : لا يجوز ، لأن هذا تمليك للحال وهو غير محل له . وفي «جامع قاضي خان» لو أعتق أحد الشريكين في مرض موته وهو موسر ثم مات لا يؤخذ ضمان العتق من تركته ، وهو قول أبي حنيفة ، بل يسقط ، وعندهما يؤخذ من تركته لأنه ضمان إتلاف .

م: (**ثم التخريج على قولهما ظاهر**) ش: أي التخريج على قولهما ظاهر ، أي تخريج المسألة على قول أبي يوسف ومحمد ظاهر ، يعني إذا علم أن هذه المسألة مبنية على حرفين ، أي أصلين فالكلام في التخريج ، وهو على قولهما ظاهر ، لأن الإعتاق إذا لم يكن منجزًا كان العتق واقعًا في النصيبين جميعًا، وبيساره مانع من السعاية ، فوجب عليه الضمان ، وانتفى السعاية . م: (**فعدم رجوع المعتق بما ضمن على العبد**) ش: أي لشريكه م: (**لعدم السعاية**) ش: أي لأجل عدم السعاية م: (**عليه**) ش: أي على العبد.

م: (**في حالة اليسار والولاء للمعتق ، لأن العتق كله من جهته لعدم التجزؤ . وأما التخريج على قوله**) ش: أي على قول أبي حنيفة م: (**فخيار الإعتاق**) ش: أي لشريكه م: (**لقيام ملكه**) ش: أي

في الباقي إذ الإعتاق يتجزأ عنده ، والتضمين لأن المعتق جان عليه بإفساد نصيبه، حيث امتنع عليه البيع والهبة ونحو ذلك مما سوى الإعتاق وتوابعه والاستسعاء لما بينا. ويرجع المعتق بما ضمن على العبد ، لأنه قام مقام الساكت بأداء الضمان ، وقد كان له ذلك باستسعاء العبد ، وكذا كان للمعتق أيضًا، ولأنه ملك العبد الضمان لشريكه ضمنًا ، فيصير كأن الكل له وقد عتق بعضه فله أن يعتق الباقي أو يستسعي إن شاء ، والولاء للمعتق في هذا الوجه ، لأن العتق كله من جهته حيث تملك بالضمان ، وفي حال إعسار المعتق إن شاء أعتق لبقاء ملكه ، وإن شاء استسعى لما بيناه

ملك الشريك م: (**في الباقي . إذ الإعتاق يتجزأ عنده**) ش: أي عند أبي حنيفة، فإذا كان الإعتاق يتجزأ كان ملك الشريك في الباقي تامًا م: (**والتضمين**) ش: بالرفع عطف على قوله فخيار العتق أي فخيار التضمين م: (**لأن المعتق جان عليه بإفساد نصيبه، حيث امتنع عليه البيع والهبة ونحو ذلك**) ش: التصدق والوصية م: (**مما سوى الإعتاق وتوابعه**) ش: أي توابع الإعتاق كالتدبير والكتابة والاستيلاد م: (**والاستسعاء**) ش: بالجر عطف على المضاف إليه في قوله فخيار الإعتاق، لكن قاله الأترازي . وقال الأكمل : معطوف على قوله والتضمين ، وكذا قاله الكاكي : وهذا أوجه والتقدير وخيار الاستسعاء لأن التقدير في التضمين وخيار التضمين كما ذكرنا م: (**لما بينا**) ش: أشار به إلى قوله - احتسبها - النية عنده.

م: (**ويرجع المعتق بما ضمن على العبد ، لأنه قام مقام الساكت بأداء الضمان ، وقد كان له ذلك**) ش: أي وقد كان للشريك الساكت الرجوع م: (**باستسعاء العبد ، وكذا كان للمعتق أيضًا**) ش: لأنه قام مقام الساكت كالمدبر إذا قتل في يد الغاصب وضمن القيمة كان له الرجوع على القاتل بما ضمن . م: (**ولأنه**) ش: أي ولأن المعتق م: (**ملك العبد بالضمان لشريكه ضمنًا**) ش: جواب عما يقال معتق البعض كالمكاتب عنده فينبغي أن لا يتملكه بالضمان كالمكاتب لا يقبل النقل من ملك إلى ملك ، فأجاب عنه بقوله ملكه ضمنًا لأداء الضمان، وكم من شيء يثبت ضمنًا ولا يثبت قصداً ، والضمنيات لا تعتبر م: (**فيصير المعتق كأن الكل له**) ش: أي كل العبد له م: (**وقد عتق بعضه**) ش: أي بعض العبد م: (**فله أن يعتق الباقي أو يستسعي العبد إن شاء ، والولاء للمعتق في هذا الوجه**) ش: أي في وجه التضمين م: (**لأن العتق كله حصل من جهته حيث تملك بالضمان**) ش: أي من حيث إنه تملك العبد بالضمان لحصة شريكه الساكت .

م: (**وفي حال إعسار المعتق إن شاء أعتق**) ش: أي إن شاء الشريك الساكت أعتق م: (**لبقاء ملكه ، وإن شاء استسعى العبد لما بيناه**) ش: أي لبقاء ملكه م: (**والولاء له**) ش: أي للشريك الساكت م: (**في الوجهين**) ش: أي في الإعتاق والاستسعاء في نصيبه م: (**لأن العتق من جهته**) ش: أي من جهة الساكت م: (**ولايرجع المستسعى**) ش: بفتح العين ، اسم مفعول ، وهو العبد م: (**على المعتق بما أدى بإجماع بيننا**) ش: قيد به عن قول ابن أبي ليلى وزفر ، فإن عندهما يرجع العبد بما سعى على المعتق كالعبد المرهون إذا أعتقه الراهن المعسر .

والولاء له في الوجهين ، لأن العتق من جهته، ولا يرجع المستسعى على المعتق بما أدى بإجماع بيننا ، لأنه يسعى لفكاك رقبته ولا يقضي دينًا على المعتق ، إذ لا شيء عليه لعسرته ، بخلاف المرهون إذا أعتقه الراهن المعسر لأنه يسعى في رقبة قد فكت أو يقضي دينًا على الراهن ، فلهذا يرجع عليه . وقول الشافعي -رحمه الله- في الموسر كقولهما . قال في المعسر يبقى نصيب الساكت على ملكه يباع ويوهب ، لأنه لا وجه إلى تضمين الشريك لإعساره ولا إلى السعاية لأن العبد ليس بجان ولا راض به ، ولا إلى إعتاق الكل للإضرار بالساكت فتعين ما عيناه . قلنا : إلى الاستسعاء سبيل ، لأنه لا يفتقر إلى الجناية بل تبتنى على احتباس المالية فلا يصار إلى الجمع بين القوة الموجبة للمالكية والضعف السالب لها في شخص واحد .

وبين الفرق لنا بقوله م: (لأنه) ش: أي لأن العبد م: (يسعى لفكاك رقبته) ش: أي لأن العبد هنا يسعى في تخليص رقبته عن الرق ، وهو منفعة حالة له ، فهذا لا يرجع ، أي م: (ولا يقضي العبد دينًا على المعتق إذ لا شيء عليه لقيد به) ش: أي لإعساره م: (بخلاف المرهون إذا أعتقه الراهن المعسر ، لأنه يسعى في رقبة قد فكت) ش: أي لأنه يسعى في رقبة تخلصت م: (أو يقضي دينًا على الراهن ، فلهذا يرجع عليه) ش: أي فلكونه مضطرًا ، يرجع على الراهن ، فقوله - لفكاك رقبته - على مذهبه . وقوله - أو يقضي دينًا على الراهن - المعتق على مذهبهما .

م: (وقول الشافعي في الموسر كقولهما) ش: أي كقول أبي يوسف ومحمد م: (قال) ش: أي الشافعي : م: (في المعسر يبقى نصيب الساكت على ملكه يباع ويوهب ، لأنه لا وجه لتضمين الشريك لإعساره) ش: أي لإعسار الشريك م: (ولا إلى السعاية) ش: أي ولا وجه أيضاً إلى الاستسعاء م: (لأن العبد ليس بجان ولا راض به) ش: أي بإعتاق المعسر ، لأن الرضى لا يتحقق إلا بالعلم ، والمولي منفرد بإعتاقه بدون علمه م: (ولا إلى إعتاق الكل) ش: أي ولا وجه أيضاً إلى إعتاق الكل م: (للإضرار بالساكت) ش: أي للزوم الضرر بالشريك م: (فتعين ما عيناه) ش: وهو عتق ما عتق ، ورق ما رق .

م: (قلنا : إلى الاستسعاء سبيل ، لأنه لا يفتقر في وجوده إلى الجناية) ش: كما في إعتاق العبد المرهون إذا كان الراهن معسراً م: (بل يبتنى على احتباس المالية) ش: أي مالية نفسه احتبست عنده فيستسعيه ، وإذا كان إلى الاستسعاء سبيل م: (فلا يصار إلى الجمع بين القوة الموجبة للمالكية) ش: الحاصلة من إعتاق البعض م: (والضعف السالب لها) ش: أي للمالكية ، أي للقوة بصحبة البيع وأمثاله م: (في شخص واحد) ش: قال الكاكي : قوله - فلا يصار إلى الجمع . . إلى آخره - يعني كونه حرًا في نصفه رقيقًا في نصفه ، إذ لا يشهد له أصول الشرع ، كما لا يشهد بأن يكون نصف المرأة مطلقة ونصفها غير مطلقة أو قتل نصف رجل ويبقى نصفه غير مستحق للقتل ، ولأن الغرض من المالكية ملك الأشياء بأسبابها وملك الأشياء بأسبابها إنما يتصور في الأشخاص لا من

قال : ولو شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه بالعتق سعى العبد لكل واحد منهما في نصيبه سواء موسرين كانا أو معسرين عند أبي حنيفة -رحمه الله- ، وكذا إذا كان أحدهما موسرًا والآخر معسرًا ، لأن كل واحد منهما يزعم أن صاحبه أعتق نصيبه فصار مكاتبًا في زعمه عنده ، وحرم عليه الاسترقاق فيصدق في حق نفسه فيمتنع من استرقاقه ويستسعيه ، لأنا تيقنا تحقق الاستسعاء كاذبًا كان أو صادقًا ، لأنه مكاتبه أو مملوكه فلهذا يستسعيانه ، ولا يختلف ذلك باليسار والإعسار ، لأن حقه في الحالتين في أحد شيئين لأن يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده ، وقد تعذر التضمين لإنكار الشريك ، فتعين الآخر وهو

الانتقاض فيستسعى لئلا تؤدي إلى المالكية وعدمه واحد ، والاستسعاء لا يفتقر إلى الجناية ، بل هو مبني على احتباس المالكية كما إذا وقع ثوب بهبوب الريح في صبغ إنسان ، وقد ذكرناه .

وقال تاج الشريعة : قوله - ولا يصار إلى الجمع . . . إلى آخره - بيانه أنه أثر الحرية المالكية والولاية وجواز الشهادة وأثر الرق سبب هذه الأحكام ، ويستحيل كون نصف الشخص مالكًا ووليًا مملوكًا عاجزًا ، وإذا تعذر الجمع ترجح جانب الحرية ، لأنها وصف أصلي ، فاعتباره أولى فقلنا بخروجه إلى الحرية بالسعاية ، ولا يشكل قول أبي حنيفة لأنه لا يقول بزوال الرق .

م: (قال) ش: أي القدوري في« مختصره » م: **(ولو شهد كل واحد)** ش: أي أقر ، قاله تاج الشريعة م: **(من الشريكين على صاحبه بالعتق)** ش: أي بالإعتاق بنصيبه م: **(سعى العبد لكل واحد منهما في نصيبه سواء موسرين كانا أو معسرين عند أبي حنيفة ، وكذا إذا كان أحدهما موسرًا والآخر معسرًا ، لأن كل واحد منهما يزعم أن صاحبه أعتق نصيبه فصار مكاتبًا في زعمه)** ش: أي في زعم كل واحد منهما ، الزعم بفتح الزاي وضمها لغتان فصيحتان كالضعف والضعيف حكاهما ابن السكيت ، وقرأ الكسائي قوله تعالى : ﴿ هذا لله بزعمهم ﴾ بضم الزاي ، والباقون بفتحها ، قال ابن دريد : وأكثر ما يقع الزعم على الباطل في القرآن وفي فصيح الشعر م: **(عنده)** ش: أي عند أبي حنيفة .

م: **(وحرم عليه الاسترقاق فيصدق في حق نفسه ، فيمتنع من استرقاقه ويستسعيه ، لأنا تيقنا تحقق الاستسعاء كاذبًا كان أو صادقًا ، لأنه مكاتبه)** ش: أي لأن العبد مكاتبه على تقدير الصدق م: **(أو مملوكه)** ش: على تقدير الكذب وكسب المملوك لمولاه ، وهنا لف ونشر مشوش م: **(فلهذا)** ش: أي فلأجل أن العبد مكاتب أو مملوك م: **(يستسعيانه)** ش: أي يستسعيان الشريكان العبد لأجل التيقن بحق الاستسعاء . م: **(ولا يختلف ذلك)** ش: أي الاستسعاء م: **(باليسار والإعسار لأن حقه)** ش: أي حق الذي شهد م: **(في الحالتين)** ش: أي في حال يسار شريكه الذي أعتق نصيبه وحال إعساره م: **(في أحد شيئين)** ش: من تضمين الشريك واستسعاء العبد م: **(لأن يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده)** ش: أي عند أبي حنيفة م: **(وقد تعذر التضمين لإنكار الشريك ، فتعين الآخر وهو**

السعاية والولاء لهما ، لأن كـلاً منهما يقول عتق نصيب صاحبي عليـه بإعتاقه وولاؤه له ، وعتق نصيبي بالسعاية وولاؤه له، وقال أبو يوسف ومحمد -رحـمهما الله- إن كانا موسرين فلا سعاية عليه ، لأن كل واحد منهـما يبرأ عن سعايته بـدعوى الضمان على صاحبـه ، لأن يسار المعتق يمنع السعـاية عندهما، إلا أن الدعوى لم تثبت لإنكار الآخر ، والبراءة عن السـعاية قد ثبـتت لإقراره على نفسه ، وإن كانا معسرين يسعى لهما لأن كـل واحد منهما يدعي السعاية عليه صادقًا كان أو كاذبًا على مـا بيناه ، إذ المعتق معـسر ، وإن كان أحدهمـا موسرًا . والآخر مـعسرًا سعى للمـوسر منهما ، لأنه لا يدعي الضمـان على صاحبه لإعساره ، وإنما يدعي عليه السـعاية ولا يتبرأ عنه ولا يسعى للمعسر منهما ، لأنه يدعي الضمان على صاحـبه ليساره ، فيكون مبرئًا للعبد عن السعاية، والولاء موقوف في جميع ذلك عندهما ، لأن كل واحد منهما يحيله على صاحبه ، وهو يتبرأ عنه

السعاية) ش: فـإن قـتل لـم يتـعـذر على تقـدير التـخلف ، فـإنه لما أنكر يحلف ، وإن نكل يجب الضمـان قلنا : لما كـان من اعتقاد كل واحد أنه أعتقه صاحبه يحلف لـم يجب الضمان على تقدير الحلف فتعين السعاية ، فلا فائدة في التحليف ، بل تتعين السعاية ، فلا تحليف لأن ماله إليه .

م: (**والولاء لهما**) ش: أي للشريكين م: (**لأن كلاً منهما يقول : أعتق نصيب صاحبي عليه بإعتاقه، وولاؤه له ، وعتق نصيبي بالسعاية وولاؤه له**) ش: ولكن ينبغي لك أن تعلم أن هذا كله بعد أن يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه ، لأن كل واحد منهما يدعي على الآخر الضمان ، والضمان مما يصلح بدله فيستحلف عليه . م: (**وقال أبو يوسف ومحمد : إن كانا مـوسرين فلا سعاية عليه ؛ لأن كل واحد منهما يـبرأ عن سعايته بدعوى الضمـان على صاحبه ، لأن يسار المعتق يمنع السـعاية عندهما**) ش: أي عند أبي يوسف ومحـمد م: (**إلا أن الدعوى لم تثبت لإنكار الآخر ، والبـراءة قد ثبتت لإقراره على نفسه وإن كانا مـعسرين يسعى لهما ، لأن كل واحـد منهما يدعي السعاية عليه صـادقًا كان أو كاذبًا على مـا بيناه**) ش: إشـارة إلى قـولـه - لأنا تيقنا تحقق الاسـتسعـاء كـاذبًا كـان أو صادقًـا ، كذا قاله الأترازي والكاكي وصاحب« الـهداية» ، وقـيل هو إشـارة إلى قـوله لأنه مكاتبه أو مملوكه، قـال الأكمل : قلت قائل هذا تاج الشريعة م: (**إذ المعتق معسر**) ش: أي لأن المعتق معسر .

م: (**وإن كان أحدهما موسرًا والآخر معسرًا سعى**) ش: أي العبد .

م: (**للموسر منهما ، لأنه لا يدعي الضمان على صاحبه لإعساره ، وإنما يدعي عليه السعاية ولا يتبرأ عنه**) ش: أي عن السعـاية، ذكره على تأويل الاسـتسعـاء م: (**ولا يسعى للمعسـر منهما ، لأنه يدعي الضمان على صاحبه ليساره ، فيكون مبـرئًا للعبد عن السعاية ، والولاء موقوف في جميع ذلك عندهما**) ش: أي عند أبي يـوسف ومـحـمـد م: (**لأن كل واحد مـنهما يحيله**) ش: أي يحـيل الولاء م: (**على صاحبه وهو يتبرأ عنه**) ش: أي عن صاحبه يتبرأ عن الولاء .

فبقي موقوفًا إلى أن يتفقا على إعتاق أحدهما . ولو قال أحد الشريكين : إن لم يدخل فلان هذه الدار غدًا فهو حر ، وقال الآخر : إن دخله فهو حر ، فمضى العبد ولا يدري أدخل أم لا عتق النصف، وسعى لهما في النصف الآخر ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله- وقال محمد -رحمه الله- يسعى في جميع قيمته ؛ لأن المقضي عليه بسقوط السعاية مجهول ولا يمكن القضاء على المجهول فصار كما إذا قال لغيره لك على أحدنا ألف درهم ، فإنه لا يقضي بشيء للجهالة ، كذا هذا

م: (**فبقي موقوفًا إلى أن يتفقا**) ش: أي الشريكان م: (**على إعتاق أحدهما**) ش: وذلك لأن كل واحد منهما يزعم أن الولاء لصاحبه وشريكه يجحد ذلك .

م: (**ولو قال أحد الشريكين : إن لم يدخل فلان هذه الدار غدًا فهو حر ، وقال الآخر**) ش: أي الشريك الآخر م: (**إن دخله فهو حر ، فمضى العبد ولا يدري أدخل أم لا عتق النصف**) ش: أي نصف العبد م: (**وسعى**) ش: أي العبد م: (**لهما**) ش: أي للشريكين م: (**في النصف ، وهذا عند أبي حنيفة ، وأبي يوسف ، وقال محمد : يسعى في جميع قيمته**) ش: هذه المسألة من مسائل « الجامع الصغير »، ولكن يذكر عن أبي يوسف ومحمد وفيه ، وإنما ذكر قولهما في «الجامع الكبير» .

وفي عتاق الأصل ففيما ذكره المصنف إبهام ، لأن عند أبي يوسف إنما يسعى في النصف إذا كانا معسرين ، وأما إذا كان أحدهما موسرًا يسعى له في نصف القيمة ، وقال الأترازي العذر لصاحب الهداية أنه أشار إلى ذلك بعد هذا بقوله ، وسيأتي التفريع فيه على أن اليسار يمنع السعاية ولا يمنعها على الاختلاف الذي سبق ، ثم جواب المسألة مشروحًا على قول أبي حنيفة أنه يعتق نصف العبد ويسعى في نصف قيمته بينهما نصفين سواء كانا موسرين أو معسرين . وفي قول أبي يوسف إن كانا موسرين فلا يسعى في شيء ، وإن كانا معسرين سعى لهما في نصف القيمة ، فكل منهما في الربع ، وإن كان أحدهما موسرًا والآخر معسرًا سعى للموسر في ربع قيمته ، ولا يسعى للمعسر في شيء ، وفي قول محمد إن كانا موسرين فلا سعاية ، وإن كانا معسرين يسعى لهما في جميع القيمة ، وإن كان أحدهما موسرًا والآخر معسرًا سعى للموسر في نصف القيمة ولا يسعى للمعسر في شيء .

م: (**لأن المقضي عليه في سقوط السعاية مجهول**) ش: لأنه أما هذا المولى م: (**فلا يمكن القضاء على المجهول**) ش: ولا يمكن القول بالتوزيع أيضًا لما فيه من إسقاط السعاية لغير المعتق وإيجاب السعاية للمعتق ، ولأن كل واحد منهما شهد على صاحبه بالحنث فكان كعبدين شهد كل واحد منهما على الآخر بالإعتاق ، ثم يسعى في جميع القيمة إذا كانا معسرين ، فكذا هنا ، ونظر المصنف لما قاله محمد بقوله م: (**فصار كما إذا قال لغيره لك على أحدنا ألف درهم ، فإنه لا يقضي بشيء للجهالة ، كذا هذا**) .

ولهما أنا تيقنا بسقوط نصف السعاية ، لأن أحدهما حانث بيقين ، ومع التيقن بسقوط النصف كيف يقضي بوجوب الكل والجهالة ترتفع بالشيوع والتوزيع ، كما إذا أعتق أحد عبديه لا بعينه أو عينه ونسيه ومات قبل التذكر أو البيان وسيأتي التفريع فيه على أن اليسار هل يمنع السعاية أو لا يمنعها على الاختلاف الذي سبق ، ولو حلفا على عبدين كل واحد منهما لأحدهما بعينه لم يعتق واحد منهما ، لأن المقضي عليه بالعتق مجهول ، وكذلك المقضى له فتفاحشت الجهالة ، فامتنع القضاء ، وفي العبد الواحد المقضي عليه وكذا المقضي به معلوم ، فغلب المعلوم المجهول . وإذا اشترى الرجلان ابن أحدهما عتق نصيب الأب ، لأنه ملك شقص قريبه وشراؤه إعتاق على ما مر

م: (**ولهما**) ش: أي لأبي حنيفة وأبي يوسف م: (**أنا تيقنا بسقوط نصف السعاية**) ش: وهو مثبت للعتق م: (**لأن أحدهما حانث بيقين ، ومع التيقن بسقوط النصف كيف يقضي بوجوب الكل**) ش: لأنه يكون ظلمًا م: (**والجهالة ترتفع بالشيوع**) ش: هذا جواب عن قول ، لأن المقضي عليه مجهول ، وتقريره أن الجهالة ترتفع بالشيوع ، أي بشيوع النصف الذي عتق م: (**والتوزيع**) ش: أي وبتوزيعه ، لأن بالتوزيع يصير المقضي عليه الموليان ، ولا جهالة فيها م: (**كما إذا أعتق أحد عبديه لا بعينه**) ش: بأن قال لعبديه أحدهما حر ، ولم يعينه م: (**أو عينه**) ش: أي لو قال أحدهما حر وعينه م: (**ونسيه**) ش: أي نسي الذي عينه م: (**ومات قبل التذكر أو البيان**) ش: فإنه يعتق من كل واحد منهما نصفه ، ويسعى كل واحد منهما في نصفه ، وعند الشافعي في قول يقرع بينهما ، وفي قول الوارث يقام مقامه في البيان ، وهو الأصح م: (**وسيأتي التفريع فيه**) ش: أي في هذا الوجه .

م: (**على أن اليسار هل يمنع السعاية أو لا يمنعها على الاختلاف الذي سبق**) ش: وهو أن اليسار لا يمنع السعاية عند أبي حنيفة وعندهما يمنع ، وصورته ذكرناها عن قريب بقولنا ثم جواب المسألة مشروحًا فليراجع .

م: (**ولو حلفا على عتق عبدين كل واحد منهما لأحدهما بعينه**) ش: يعني إذا كان لكل واحد منهما عبد على حدة ، فقال إن دخل فلان الدار غدًا فعبدي حر ، وقال الآخر إن لم يدخل فمضى الغد ولم يدر الدخول وعدمه م: (**لم يعتق واحد منهما**) ش: أي من العبدين في قولهم جميعًا م: (**لأن المقضي عليه**) ش: وهو المولى م: (**بالعتق مجهول ، فكذا المقضى له وهو العبد مجهول فتفاحشت الجهالة فامتنع القضاء**) ش: لتفاحش الجهالة .

م: (**وفي العبد الواحد**) ش: بين اثنين المقضي عليه م: (**المقضي عليه معلوم ، وكذا المقضي به**) ش: وهو عتق نصف العبد م: (**معلوم**) ش: لأن أحدهما حانث لا محالة م: (**فغلب المعلوم المجهول**) ش: لأن المعلوم أكثر من المجهول م: (**وإذا اشترى الرجلان ابن أحدهما عتق نصيب الأب ، لأنه ملك شقص قريبه**) ش: أي الأب ملك نصف ابنه م: (**وشراؤه إعتاق على ما مر**) ش: في فصل من ملك ذا رحم محرم .

ولا ضمان عليه علم الآخر أنه ابن شريكه أو لم يعلم وكذا إذا أورثاه والشريك بالخيار إن شاء أعتق نصيبه وإن شاء استسعى العبد ، وهذا عند أبي حنيفة -رحمه الله- وقالا في الشراء يضمن الأب نصف قيمته إن كان موسراً وإن كان معسراً سعى الابن في نصف قيمته لشريك أبيه ، وعلى هذا الخلاف إذا ملكاه بهبة أو صدقة أو وصية ، وعلى هذا الخلاف إذا اشتراه رجلان وأحدهما قد حلف بعتقه إن اشترى نصفه، لهما أنه أبطل نصيب صاحبه بالإعتاق ، لأن شراء القريب إعتاق ، وصار هذا كما إذا كان العبد بين أجنبيين فأعتق أحدهما نصيبه ، وله أنه رضي بإفساد نصيبه فلا يضمنه ، كما إذا كان أذن له بإعتاق نصيبه صريحًا ، ودلالة ذلك أنه شاركه فيما هو

م: (**ولا ضمان عليه**) ش: للآخر ، أي لا ضمان على الأب لشريكه الذي اشتراه معه سواء م: (**علم الآخر أنه ابن شريكه أو لم يعلم لأنه باشر**) ش: علته العتق وهي الشراء ، فكان منه رضي بالدلالة ، كما إذا رضي فصار صريحًا .

م: (**وكذلك**) ش: أي وكذلك أعتق نصيب الأب م: (**إذا أورثاه**) ش: أي الابن ، وكذلك حكم الصدقة والوصية والهبة م: (**والشريك بالخيار إن شاء أعتق نصيبه ، وإن شاء استسعى العبد**) ش: سواء كان الذي عتق عليه موسراً أو معسراً م: (**وهذا**) ش: أي وهذا الحكم المذكور م: (**عند أبي حنيفة**) .

م: (**وقالا**) ش: أي قال أبو يوسف ومحمد م: (**في الشراء يضمن الأب نصف قيمته**) ش: أي قيمة الابن م: (**إن كان**) ش: أي الأب م: (**موسراً وإن كان معسراً سعى الابن في نصف قيمته لشريك أبيه ، وعلى هذا الخلاف**) ش: أي الخلاف المذكور بين أبي حنيفة وصاحبيه م: (**إذا ملكاه**) ش: أي إذا ملك الأب والآخر ابنه م: (**بهبة**) ش: أي بأن وهبه لهما رجل م: (**أو صدقة**) ش: بأن تصدق به شخص عليهما م: (**أو وصية**) ش: بأن أوصى به شخص لهما م: (**وعلى هذا الخلاف إذا اشتراه رجلان وأحدهما**) ش: أي والحال أن أحدهما م: (**قد حلف بعتقه إن اشترى نصفه**) ش: قيد بالنصف ، لأنه إذا حلف بعتقه إن اشتراه لا يعتق بشراء النصف لعدم الشرط .

م: (**لهما**) ش: أي لأبي يوسف ومحمد م: (**أنه**) ش: أي الأب م: (**أبطل نصيب صاحبه بالإعتاق ، لأن شراء القريب إعتاق وصار هذا كما إذا كان العبد بين أجنبيين**) ش: يعني مشتركًا بينهما م: (**فأعتق أحدهما نصيبه**) ش: يعني نصيب الآخر ، لأن الإعتاق لا يتجزأ عندهما فيضمن لصاحبه قيمة نصيبه إن كان موسراً ، وإلا فالعبد يسعى .

م: (**وله**) ش: أي ولأبي حنيفة م: (**أنه رضي بإفساد نصيبه**) ش: ولا عدوان مع الرضى م: (**فلا يضمنه**) ش: أي فلا يضمن صاحبه م: (**كما إذا كان أذن له**) ش: أي لشريكه م: (**بإعتاق نصيبه صريحًا**) ش: بأن قال له أعتق نصيبك فأعتقه لا يضمن ، ثم بين المصنف وجه المساواة في الوجهين بقوله م: (**ودلالة ذلك**) ش: أي دلالة الرضى بإفساد نصيبه م: (**أنه**) ش: أي أن الشريك م: (**شاركه فيما هو**

علة العتق وهو الشـراء ، لأن شراء القريب إعتـاق حتى يخرج به عن عهـدة الكفارة عندنا ، وهذا ضمـان إفساد في ظاهـر قولهمـا حتى يختلف بـاليسار والإعـسار فيـسقط بالرضـا، ولا يختلف الجواب بين العلم وعدمـه ، وهو ظاهر الرواية عنه ؛ لأن الحكم يدار على السـبب ، كمـا إذا قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للآمر ، ولا يعلم الآمر بملكه ، وإن بدأ الأجنبي فاشترى نصفه ثم اشترى

علة العتق ، وهو الشراء ، لأن شراء القريب إعتاق حتى يخرج به) ش: أي بشراء القريب م: **(عن عهدة الكفارة التي عندنا)** ش: خلافًا للشافعي ، وقال الأترازي : قوله - لأنه شاركه . . إلى آخره - فيه تسامح ، لأن شراء القريب علة الملك والملك علة العتق ، فيكون الشراء علته ، والحكم يضاف إلى علة العلة كما في سوق الدابة وقودها .

م: **(وهذا ضمان إفساد)** ش: لا ضمان تملك ، وضمان التملك لا يختلف باليسار ، أشار إليه بقوله - حتى يختلف - أي الضمان باليسار والإعسار فيسقط بالرضى وقد وجد حيث باشر السبب بخلاف ضمان الملك ، فإنه لا يسقط بالرضى لأنه بناءً على التملك وهذا قائم أما ضمان الإفساد ، فبناء على الجناية ، ولما رضي لم يبق فعله جناية فيسقط ، وإنما قيد بالظاهر احترازًا عما روي عن أبي يوسف إذا قال لصاحبه : أعتق نصيبك فأعتق يضمن ، جعله ضمان التملك حيث لم يسقط الضمان بالرضى ذكر رواية أبي يوسف علاء الدين العالم في طريقة الخلاف .

وقال الأكمل : قوله وهو ضمان إفساد يجوز أن يكون جوابًا عما يقال إنما كان الرضى مسقط للضمان إذا لو كان ضمان إفساد، وأما إذا كان ضمان تملك فلا يسقط به كما لو استولد أحد الشريكين الجارية بإذنه، فإنه لا يسقط به الضمان، لأنه ضمان تملك .

ووجه الجواب أنه ضمان إفساد م: **(في ظاهر قولهما حتى يختلف باليسار والإعسار ولا يختلف الجواب بين العلم وعدمه)** ش: أي بين أن يعلم أنه أبوه وبين أن لا يعلم م: **(وهو ظاهر الرواية عنه)** ش: أي عن أبي حنيفة ، واحترز بالظاهر عن رواية الحسن بن زياد عنه بأنه إذا لم يكن عالمًا بأنه أبوه لا يكون راضيًا . وقال أبو الليث في شرح «الجامع الصغير» : ذكر أبو يوسف في الأمالي إذا كان الشريك لم يعلم فاشتراه فهو بالخيار إن شاء أجاز البيع ، وإن شاء نقض ، لأن المبيع قد تغير قبل القبض ، كما إذا اشتريا عبدًا فأعتقه أحدهما قبل القبض كان الآخر بالخيار أجاز أو نقض م: **(لأن الحكم يدار على السبب)** ش: يعني لأن سقوط حقه في الضمان يدور مع كونه مشاركًا في السبب ، وذلك لا يختلف بالعلم وعدمه .

م: **(كما إذا قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للآمر ولا يعلم الآمر بملكه)** ش: فأكله المأمور لم يكن للآمر أن يضمن شيئًا ، وإن كان غير راض به لأنه باشر بسبب الوصي وهو الآمر م: **(وإن بدأ الأجنبي فاشترى نصفه)** ش: أي نصف الابن أراد أن رجلاً اشترى نصف ابن الرجل م: **(ثم اشترى**

الأب نصفه الآخر وهو موسر ، فالأجنبي بالخيار إن شاء ضمن الأب ، لأنه ما رضي بإفساد نصيبه ، وإن شاء استسعى الابن في نصف قيمته؛ لاحتباس ماليته عنده ، وهذا عند أبي حنيفة - رحمه الله- لأن يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده، وقالا : لا خيار له ويضمن الأب نصف قيمته لأن يسار المعتق يمنع السعاية عندهما . ومن اشترى نصف ابنه وهو موسر فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة -رحمه الله- وقالا: يضمن إذاكان موسراً ومعناه: إذا اشترى نصفه ممن يملك كله ، فلا يضمن لبائعه شيئًا عنده ، والوجه قد ذكرناه . وإذا كان العبد بين ثلاثة نفر ، فدبر أحدهم وهو موسر ثم أعتقه الآخر وهو موسر فإن أرادوا الضمان، فللساكت أن يضمن المدبر ولا يضمن المعتق، وللمدبر أن يضمن المعتق ثلث قيمته مدبراً ولا يضمنه الثلث الذي ضمن

الأب نصفه الأخر وهو موسر) ش: أي والحال أن الأب موسر م: **(فالأجنبي بالخيار إن شاء ضمن الأب لأنه ما رضي بإفساد نصيبه)** ش: أي الأجنبي ما رضي بإفساد نصيبه م: **(وإن شاء استسعى)** ش: أي الأجنبي م: **(الابن في نصف قيمته لاحتباس ماليته عنده)** ش: أي عند الابن م: **(وهذا)** ش: أي هذا الحكم م: **(عند أبي حنيفة ، لأن يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده)** ش: أي عند أبي حنيفة وقد علم ذلك فيما تقدم .

م: **(وقالا)** ش: أي قال أبو يوسف ومحمد م: **(لا خيار له)** ش: أي للأجنبي م: **(ويضمن الأب نصف قيمته ، لأن يسار المعتق يمنع السعاية عندهما)** ش: وقد علم هذا أيضًا فيما تقدم . وحاصل هذه المسألة أن الأب يضمن في هذه الصورة في قولهم جميعًا لأن الرضى لم يوجد من الشريك لعدم مشاركته مع الأب فيما هو عليه للعتق ، وقد اتفقوا في الضمان ، واختلفوا في الخيار كما ذكرنا .

م: **(ومن اشترى نصف ابنه وهو موسر فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة وقالا: يضمن إذا كان موسراً)** ش: وهذه المسألة من مسائل «الجامع الصغير» ، وأوضحها المصنف بقوله م: **(ومعناه إذا اشترى نصفه ممن يملك كله)** ش: أي كل الابن م: **(فلا يضمن لبائعه شيئًا عنده)** ش: أي عند أبي حنيفة لأنه رضي بإسناد نصيبه لمشاركته فيما هو علة العتق ، وعندهما يضمن لأنه أبطل نصيب صاحبه بالإعتاق ، وقيد بقوله ممن يملك كله ، لأنه إذا اشترى نصيب أحد الشريكين يضمن للساكت بالاتفاق كما في المسألة المتقدمة م: **(والوجه قد ذكرناه)** ش: إشارة إلى قولهما أنه أبطل ، وله إن رضي م: **(وإذا كان العبد بين ثلاثة نفر، فدبر أحدهم وهو موسر)** ش: أي والحال أنه موسر م: **(ثم أعتقه الآخر وهو موسر)** ش: أي والحال أنه موسر . م: **(فإن أرادوا الضمان)** ش: إنما قال أرادوا بضمير الجمع على سبيل التغليب ، وهذا لأن المعتق لا يريد الضمان ، ولا يريد الضمان إلا الساكت والمدبر بكسر الباء م: **(فللساكت أن يضمن المدبر)** ش: بكسر الباء م: **(ولا يضمن المعتق ، وللمدبر)** ش: بكسر الباء م: **(أن يضمن المعتق ثلث قيمته مدبراً)** ش: أي ثلث قيمة العبد حال كونه مدبراً م: **(ولا يضمنه)** ش: أي ولا يضمن المعتق م: **(الثلث الذي ضمن)** ش: بيان ذلك أن قيمة العبد إذا كانت سبعة وعشرين وهما مثلاً ، فللساكت أن يضمن المعتق ستة ، وذلك أن قيمة المدبر ثلث

وهذا عند أبي حنيفة . وقالا : العبد كله للذي دبره أول مرة ويضمن ثلثي قيمته لشريكيه موسرًا كان أو معسرًا. وأصل هذا أن التدبير يتجزأ عند أبي حنيفة -رحمه الله- خلافًا لهما كالإعتاق ؛ لأنه شعبة من شعبه ، فيكون معتبرًا به

قيمة القن ، فالتدبير تلفت تسعة ، فكان الإتلاف واقعًا على قيمة المدبر فللمعتق تلك الستة فقط ، ويضمن التسعة التي هي نصيب الساكت مع تلك الستة التي يضمنه إياها .

م: (**وهذا عند أبي حنيفة**) ش: أوضح الأترازي مذهب أبي حنيفة بقوله : اعلم أن العبد بين ثلاثة إذا دبره أحدهم وأعتقه الآخر ، وهما مدبران كان للساكت أن يضمن المدبر ثلث قيمته قنًا ويرجع به المدبر على العبد . نص عليه الحاكم في «الكافي» ، وليس له أن يضمن المعتق لأنه لو ضمنه كان الملك له بالضمان والمدبر بفتح الباء ليس بقابل للملك سوى المدبر ، وإنما يضمن الساكت المدبر إذا كان موسرًا ، وإن شاء استسعى العبد فيه لأنه أفسد تدبيره فيضمنه ، ومالية العبد احتسب عند العبد فيستسعيه ، أما إذا كان المعتق معسرًا فللمدبر استسعاء العبد دون التدبير .

كذا قاله الفقيه أبو الليث في شرح « الجامع الصغير» ، وليس للمدبر أن يرجع على المعتق بالثلث الذي ضمن للساكت ، لأن ملك المدبر في ذلك الثلث ثابت من وجه دون وجه وذلك لأنه ثبت مستندًا بأداء الضمان ، فبالنظر إلى أداء الضمان يثبت به الملك ، فلما كان ذلك لم يظهر في حق التضمين ، ثم الساكت إذا اختار تضمين المدبر كان ثلث الولاء للمدبر ، والثلث للمعتق فإن اختار سعاية العبد كان الولاء بينهم أثلاثًا، وبه صرح الفقيه ، وهذا كله قول أبي حنيفة .

م: (**وقالا: العبد كله للذي دبره أول مرة**) ش: يعني لما دبره أحدهم صار كلٌ مدبَّرًا له ، والعتق باطل لأن التدبير عندهما لا يتجزأ كالإعتاق عندهما م: (**ويضمن**) ش: أي المدبر م: (**ثلثي قيمته لشريكيه**) ش: المعتق والساكت سواء م: (**موسرًا كان**) ش: أي المدبر م: (**أو معسرًا**) ش: أي أو كان معسرًا ، والولاء كله للمدبر ، وإنما يقع الفرق بين العتق والتدبير في حرف ، وهو أن المعتق لا يضمن إذا كان معسرًا .

وفي التدبير يضمن ، وإن كان معسرًا لأنه لما دبره فقد ملك كله ، لأنه يملك خدمته فصار وجوب الضمان بالبدل والضمان إذا كان بالبدل استوى فيه العسر واليسر كجارية بين رجلين جاءت بولد ، فادعاه أحدهما صارت أم ولده فيضمن نصف قيمتها ، ونصف عقرها موسرًا كان أو معسرًا واستمتاعها بخلاف ضمان الإعتاق ، فإنه ضمان إتلاف لا ضمان تملك ، لأنه لا يحصل البدل بالضمان فاختلف بالعسر واليسر ، وإن كان غنيًا ضمن وإن كان فقيرًا سعى العبد .

م: (**وأصل هذا**) ش: الخلاف م: (**أن التدبير يتجزأ عند أبي حنيفة خلافًا لهما كالإعتاق**) ش: فإنه يتجزأ عنده خلافًا لهما م: (**لأنه**) ش: أي لأن التدبير م: (**شعبة من شعبه**) ش: أي من شعب الإعتاق م: (**فيكون معتبرًا به**) ش: أي بالإعتاق يعني يتجزأ كما يتجزأ الإعتاق .

ولما كان متجزئًا عنده اقتصر على نصيبه ، وقد أفسد بالتدبير نصيب الآخرين ، فلكل واحد منهما أن يدبر نصيبه ، أو يعتق أو يكاتب، أو يضمن المدبر أو يستسعى العبد أو يتركه على حاله ؛لأن نصيبه باق على ملكه فاسدًا بإفساد شريكه حيث سد عليه طريق الانتفاع به بيعًا وهبة على ما مر ، فإذا اختار أحدهما العتق تعين حقه فيه وسقط اختيار غيره فتوجه للساكت سببًا لضمان تدبير المدبر وإعتاق هذا المعتق ، غير أن له أن يضمن المدبر ليكون الضمان ضمان معاوضة إذ هو الأصل حتى جعل الغصب ضمان معاوضة على أصلنا، وأمكن ذلك في التدبير لكونه قابلاً للنقل من ملك إلى ملك وقت التدبير ولا يمكن ذلك

م: (**ولما كان**) ش: أي التدبير م: (**متجزئًا عنده**) ش: أي عند أبي حنيفة م: (**اقتصر على نصيبه**) ش: أي على نصيب المدبر م: (**وقد أفسد بالتدبير نصيب الآخرين**) ش: وهما المعتق والساكت م: (**فلكل واحد منهما أن يدبر نصيبه أو يعتق أو يكاتب أو يضمن المدبر**) ش: بكسر الباء م: (**أو يستسعى العبد أو يتركه على حاله لأن نصيبه**) ش: أي نصيب كل واحد من الآخرين م: (**باق على ملكه فاسدًا**) ش: أي حال كونه فاسدًا م: (**بإفساد شريكه**) ش: أي شريك كل واحد منهما ، وأراد بالشريك المدبر م: (**حيث سد عليه**) ش: أي حيث سد المدبر على كل واحد منهما م: (**طريق الانتفاع به**) ش: أي بالعبد م: (**بيعًا**) ش: أي من حيث البيع م: (**وهبة**) ش: أي من حيث الهبة ، وكذلك من حيث الوصية ، والصدقة والإمهار م: (**على ما مر**) ش: إشارة إلى قوله ، لأن العتق جائز عليه بإفساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة ونحو ذلك ، وذكره في المسألة الثانية من هذا الباب .

م: (**فإذا اختار أحدهما**) ش: أي أحد الأخرين وهما المعتق والساكت م: (**العتق تعين حقه فيه**) ش: أي في العتق يعني فقد منه لمصادفة ملكه لكونه متجزئًا عنده م: (**وسقط اختيار غيره**) ش: أي غير العتق من السعاية والكتابة والتضمين وغيرها م: (**فتوجه للساكت سببًا لضمان**) ش: وفسرهما بقوله م: (**تدبير المدبر ، وإعتاق هذا المعتق**) ش: يعني أن كل واحد منهما سبب الضمان م: (**غير أن له**) ش: أي للساكت م: (**أن يضمن المدبر ليكون الضمان ضمان معاوضة إذ هو الأصل**) ش: أي ضمان المعاوضة هو الأصل في الضمان ، لأن الضمان يقتضي أن يصير المضمون ملكًا للضامن ولا يكون ذلك إلا في ضمان المعاوضة لا في ضمان الجناية ، وإتلاف وضمان المدبر ضمان معاوضة .

م: (**حتى جعل الغصب ضمان معاوضة على أصلنا**) ش: وقال الكاشاني في الدليل على أن الغصب ضمان معاوضة : مسألة المأذون ، وهي أن إقراره بالغصب يصح أيضًا مع إقراره بالضمان لإتلاف مؤخر إلى ما بعد العتق ، وإذا كان الأصل في الضمانات ضمان معاوضة في الغصب مع أنه عدوان ففي الإعتاق وهو مشروع أولى فلا يترك هذا الأصل، أي ضمان الجناية إلا لضرورة العجز م: (**وأمكن ذلك**) ش: أي ضمان المعاوضة م: (**في التدبير**) ش: أي في ضمان التدبير م: (**لكونه قابلاً للنقل من ملك إلى ملك وقت التدبير ، ولا يمكن ذلك**) ش: أي النقل من ملك إلى ملك م: (**في**

في الإعتاق ، لأنه عند ذلك مكاتب أو حر على اختـلاف الأصلين ولابد من رضا المكاتب بفسخه حتى يقبل الانتقال ، فلهذا يضمن المدبر ، ثم للمدبر أن يضمن المعتق ثلث قيمته مدبراً ؛ لأنه أفسد عليه نصيبه مدبراً ، والضمان يتقدر بقيمة المتلف وقيمة المدبر ثلثا قيمته قنًا

الإعتاق ، لأنه عند ذلك) ش: أي عند الإعتاقم: **(مكاتب أو حر)** ش: وفي بعض النسخ ، لأنه عند ذلك مدبر م: **(على اختـلاف الأصلين)** ش: يعني أن يعتق بعض العبد مكاتب عند أبي حنيفة ، وعندهما حر عليه دين .

وقال الإمام جلال الدين - ابن المصنف - قوله - مكاتب أو حر على اختلاف الأصلين - غير مستقيم وكذا قوله م: **(ولا بد من رضا المكاتب)** ش: نتيجة ، لأنه عند الإعتاق ليس بمكاتب ولا حر ، وإنما يصير كذلك بعد الإعتاق والمستسعي عند أبي حنيفة ، وإن كان بمنزلة المكاتب إلا أنه لا ينفسخ بالعجز ولا بالتفاسخ ، إنما الصحيح أن يقال : لأنه عند ذلك مدبر . وقال الأكمل : للساكت حق الاستسعاء بمنزلة المكاتب ، كما أن فيه حق البيان كذلك على ما سيجيء في هذا الكتاب في مسألة الثابت والخارج والداخل ، لأن للمولى حق بيان الإيجاب في كل واحد من الثابت والخارج ، فما دام له حق البيان كان كلاً منهما حراً من وجه ، عبداً من وجه ، فكان الثابت كالمكاتب ، فكذا هنا ما دام له حق السعاية في المدبر كان بمنزلة المكاتب .

وأما أن الكتابة تقبل الفسخ فقد تقدم في فصل كفارة الظهار ، وإنما تنفسخ بمقتضى الإعتاق، فكذا تنفسخ بالتراضي ، ولا بد من رضا المكاتب م: **(بفسخه حتى يقبل الانتقال فلهذا)** ش: أي فلأجل كون المدبر عند الإعتاق غير قابل للانتقال م: **(يضـمن المدبر)** ش: أي يضمن للساكت المدبر بكسر الباء .

م: **(ثم للمدبر أن يضمن المعتق ثلث قيمته)** ش: حال كونه م: **(مدبراً لأنه)** ش: أي لأن المعتق م: **(أفسد عليه)** ش: أي على المدبر م: **(نصيبه)** ش: حال كونه م: **(مدبراً)** ش: أراد نصيبه م: **(والضمان يتقدر بقيمة المتلف)** ش: يعني منهما كان قيمته ما أتلف يلزم ذلك م: **(وقيمة المدبر ثلثا قيمته قنًا)** ش: أي من حيث كونه قنًا . وقد مر بيان ذلك عند قوله - ولا يضمن المعتق الثلث الذي ضمن - وفي قيمة المدبر اختلافًا للمشايخ ، قال البلخي : قيمته نصف قيمة القن ، لأنه ينتفع بالمملوك على وجهين بعينه وبدله ، فالانتفاع ببدله فائت ، والانتفاع بعينه باق ، كذا في «النوازل» .

وقال بعضهم : تمام قيمة القن ، وقال الصدر الشهيد: هذا غير سديد ، وذكر الإمام السعدي في «فوائده» قيمته ثلاثًا قيمته ، وقد مر .

وقال بعضهم : قيمته قيمة الخدمة ينظر كم يستخدم هو مدة عمره من حيث التحري والظن، كذا في «التتمة» «والفتاوى الصغرى »، وقيل : يسأل عن أهل الخبرة أي العلماء لو جوزوا بيعه بكم اشتري هذا المدبر يجب ما قالوا . وقيل : يقوم ما كانت المنافع التي تفوت بالتدبير ،وإليه

على ما قالوا ، ولا يضمنه قيمة ملكه بالضمان من جهة الساكت ؛ لأن ملكه ثبت مستنداً ، وهذا ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر في حق التضمين والولاء بين المعتق والمدبر أثلاثًا ، ثلثاه للمدبر والثلث للمعتق ؛ لأن العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار ، وإذا لم يكن التدبير متجزئًا عندهما صار كله مدبرًا للمدبر ، وقد أفسد نصيب شريكه لما بينا

أشار محمد في بعض الكتب ولم ينقل من المتقدمين في معرفة قيمة المكاتب شيء . وأشار محمد في جنايات الجامع إلى أن قيمته أقل من قيمة القن، ولم يبين بمقداره ، وقيل ينبغي أن يكون النصف قيمة أم الولد ثلث قيمة القن .

وفي «الذخيرة» لو قال بعض المشايخ ينظر بكم تستخدم مدة عمرها . وقيل سئل أهل العلم أن العلماء لو جوزوا بيعها بكم تشترى فيجب ذلك المقدار .

م: (**على ما قالوا**) ش: إشارة إلى اختلاف المشايخ الذي بيناه . وقال الكاكي: إشارة إلى أن فيه خلافًا م: (**ولا يضمنه**) ش: أي ولا يضمن المدبر المعتق م: (**قيمة ملكه بالضمان**) ش: هو الثلث م: (**من جهة الساكت لأن ملكه**) ش: أي ملك المدبر م: (**ثبت مستنداً**) ش: إلى وقت التدبير م: (**وهو ثابت من وجه**) ش: أي ينظر إلى حال أداء الضمان م: (**دون وجه**) ش: أي ليس بثابت من وجه ينظر إلى حال التدبير م: (**فلا يظهر في حق التضمين**) ش: أي في حق تضمين المعتق .

فإن قيل : قوله ثابت من وجه دون وجه يشكل بما قالوا إذا أعتق أحد الشريكين، وهو موسر يؤدي المعتق الضمان ثم يرجع على العبد بما ضمن الساكت مع أن العبد ثالثهما ، قلنا : المعتق بأداء الضمان قام مقام الشريك وللشريك ولاية الاستسعاء ، فكذا من قام مقامه . وقيل : يرد عليه ما لو هلك المدبر في يد غاصب الغاصب ، وضمنه الغاصب حيث يرجع على الثاني ، وإن كان ملكه ثبت مستنداً .

أجيب : بأن الغاصب قام مقام المالك في ضمان الحيلولة وللمالك أن يضمن غاصب الغاصب ، فكذا من قام مقامه .

م: (**والولاء بين المعتق والمدبر**) ش: بكسر الباء ، أي بين المعتق وعصبة المدبر ، لأن العتق لا يحصل للمدبر إلا بعد موت مولاه م: (**أثلاثًا، ثلثاه**) ش: أي ثلثا الولاء م: (**للمدبر والثلث للمعتق، لأن العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار**) ش: لأن المدبر عتق عليه الثلث من جهة ملكه من الساكت والثلث الآخر نصيبه في الأصل ، وهذا إذا اختار الساكت تضمين المدبر ، أما إذا اختار سعاية العبد فالولاء بينهم جميعًا أثلاثًا لكل واحد منهم الثلث .

م: (**وإذا لم يكن التدبير متجزئًا عندهما صار كله**) ش: أي كل العبد م: (**مدبرًا**) ش: بفتح الباء م: (**للمدبر**) ش: بكسر الباء ، أي بعصبة المدبر م: (**فقد أفسد نصيب شريكه لما بينا**) ش: أراد به عند قوله فيما مضى عن قريب العبد الذي دبره أول مرة ، ويضمن ثلثي قيمته لشريكه موسرًا كان أو معسرًا

فيضمنه. ولا يختلف باليسار والإعسار ، لأنه ضمان تملك فأشبه الاستيلاد ، بخلاف الإعتاق لأنه ضمان جناية ، والولاء كله للمدبر وهذا ظاهر . قـال: وإذا كانت جارية بين رجلين زعم أحدهما أيضًا أم ولد لصاحبـه ، وأنكر ذلك الآخر فهي مرقوقة يومًا ويومًا تخـدم للمنكر عند أبي حنيفة ، وقالا : إن شاء المنكر استسـعى الجارية في نصف قيمتها ثم تكون حرة ولا سبـيل عليها . لهما أنه لما لـم يصدقه صاحبـه انقلب إقرار المقر عليه كأنه استولدها فصار كمـا إذا أقر المشتري على البائع أنه أعتق المبيع قبل البيع يجعل كأنه أعتق كذا حكم هذا ، فتمتنع الخدمة ونصيب المنكر على زعمه في الحكم فيخرج إلى الإعتاق بالسعاية كأم ولد النصراني إذا أسلمت

م: (**فيضمنه**) ش: أي فيضمن نصيب شريكيه م: (**ولا يختلف**) ش: أي الضمان م: (**باليسار والإعسار**) ش: يعني يضمن مطلقًا سواء كان موسرًا أو معسرًا م: (**لأنه**) ش: أي لأن هذا الضمـان م: (**ضمان تملك فأشبه الاستيلاد**) ش: أي فأشبه هذا الضمـان ضمان الاستيلاد ، فإن كـانت جارية بين اثنين ، فجاءت بولد فادعاه أحدهما يثبت نسبه منه ، ويضمن قيمتها لشريكه .

م: (**بخلاف الإعتاق**) ش: أي بخلاف ضمان الإعتاق م: (**لأنه ضمـان جناية والولاء كله للمدبر وهـذا ظاهـر**) ش: فتـختلف باليسـار والإعسـار ، واعتـرض بأن قولهم ضـمان الجناية باليسـار والإعسار أردتم مطلق ضمان الجناية أو الجناية بالإعتاق ، والأول مردود بأن كسر جرة إنسان مثلاً أو أتلف ملكًا من أملاكه ، فإنه يجب عليه الضمان موسرًا كان أو معسرًا . والثاني تحكم .

وأجيب : بأن المراد الثاني والحكم مدفوع لثبوته بقوله ﷺ في الرجل يعتق نصيبه إن كـان غنيًا ضمن . وإن كان فقيراً سعى العبد في حصة الآخر ، فلا يقاس عليه غيره ، فيكون على خلاف القياس م: (قال) ش: أي محمد في «الجامع الصغير» وليس لفظ م: (قال) ش: في كثير من النسخ .

م: (**وإذا كـانت جارية بين رجلين زعم أحدهمـا أيضًـا أم ولد لصاحـبـه ، وأنكر ذلك الآخر فـهي مرقوقة يومًا**) ش: المراد من كونهـا مرقوقة يومًا أن يرفع عنهـا الخدمة يومًـا ، وأن يكون للمقر عليها سبيل بالاستسعاء م: (**ويومًا تخدم للمنكـر عند أبي حنيفة**) ش: قـال الكاكي : واختلف المشايخ في الخدمة للمنكر هل تخدم عندهما ، والصحيح أنها لا تخدم .

م: (**وقالا: إن شاء المنكر استسعى الجارية في نصف قيـمتها ، ثم تكون حرة ، ولا سبيل عليها**) ش: يعني للمقر بالاستسعاء م: (**لهما**) ش: أي لأبي يوسف ومـحـمـد م: (**أنـه**) ش: أي المقـر م: (**لما لم يصدقه صاحبه انقلب إقرار المقر عليه**) ش: أي على نفسه فصار م: (**كأنه استولدها فصار**) ش: حكم هذا م: (**كما إذا أقر المشتري على البائع أنه أعتق المبيع قبل البيع يجعل كأنه أعتق كذا حكم هذا**) ش: مثل ذلك م: (**فتمتنع الخدمة**) ش: للمقر لأنها أم ولد لغيره في زعمه م: (**ونصيب المنكر على زعـمه في الحكم ، فـيخـرج إلى الإعتـاق بالسعـاية كأم ولد النصـراني إذا أسلمت**) ش: وهو تلمـيذ ظفـر الدين المرغيناني في نصف كسبها للمنكر ، ونصفه مرقوق ونفقتها في كسبها ، وإن لم يكن لها كسبه

ولأبي حنيفة -رحمه الله- : أن المقر لو صدق كانت الخدمة كلها للمنكر ولو كذبه كان له نصف الخدمة فيثبت ما هو المتيقن به وهو النصف ولا خدمة للشريك الشاهد ولا استسعاء ؛ لأنه يتبرأ عن جميع ذلك بدعوى الاستيلاد والضمان ، والإقرار بأمومية الولد يتضمن الإقرار بالنسب ، وهو أمر لازم ولا يرتد بالرد فلا يمكن أن يجعل المقر كالمستولد ، وإن كانت أم ولد بينهما فأعتقها أحدهما ، وهو موسر فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة -رحمه الله- وقالا : يضمن نصف قيمتها ؛ لأن مالية أم الولد غير متقومة عنده ومتقومة عندهما ، وعلى هذا الأصل تبتني عدة من المسائل أوردناها في كفاية المنتهى .

فنصف نفقتها على المنكر ، لأن نصف الجارية للمنكر بيقين .

م: **(ولأبي حنيفة أن المقر لو صدق)** ش: بتخفيف الدال م: **(كانت الخدمة كلها للمنكر)** ش: لأنها أم ولد له م: **(ولو كذبه)** ش: بتخفيف الذال ، أي المقر ، ولو كذبه م: **(كان له نصف الخدمة)** ش: لأنها قنة بينهما م: **(فيثبت ما هو المتيقن به وهو النصف)** ش: ويكون النصف الآخر مرقوقًا م: **(ولا خدمة للشريك الشاهد ، ولا استسعاء لأنه يتبرأ عن جميع ذلك بدعوى الاستيلاد والضمان)** ش: أما تبرؤه عن الخدمة فبدعوى الاستيلاد ، وأما عن الاستسعاء فبدعوى الضمان ، وفي كلامه لف ونشر على ما ترى .

م: **(والإقرار بأمومية الولد)** ش: هذا جواب عن قولهما انقلب إقرار المقر عليه ، كأنه استولدها ، تقديره أن الإقرار أحد الشريكين بأمومية الولد م: **(يتضمن الإقرار بالنسب وهو)** ش: أي الإقرار بالنسب م: **(أمر لازم لا يرتد بالرد)** ش: أن الرجل إذا أقر بنسب صغير لرجل وكذبه المقر به ، ثم أن ذلك المقر نسب ذلك الصغير لنفسه لا يصح ، لأن النسب لا يرتد بالرد م: **(فلا يمكن أن يجعل المقر كالمستولد ، وإن كانت أم ولد بينهما)** ش: أي بين اثنين م: **(فأعتقها أحدهما وهو موسر)** ش: أي والحال أنه موسر م: **(فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة)** .

م: **(وقالا يضمن نصف قيمتها ، لأن مالية أم الولد غير متقومة عنده)** ش: أي عند أبي حنيفة م: **(ومتقومة عندهما)** ش: وهذا هو الأصل في المسألة وقول سائر الفقهاء كقولهما م: **(وعلى هذا الأصل تبتنى عدة من المسائل أوردناها في «كفاية المنتهى»)** ش: و«كفاية المنتهى» اليوم مفقود ، ولكن المسائل التي تبتنى على الأصل مشهورة مذكورة في الكتب ، منها إذا مات أحدهما لا تسعى للآخر عنده ، وعندهما تسعى ، ومنها إذا ولدت بعد ذلك فادعاه أحدهما يثبت نسبه منه وعتق ، ولا يضمن من قيمته شيئًا لشريكه عنده ، وعندهما يضمن لشريكه نصف قيمته إن كان موسرًا أو يسعى الولد في النصف إذا كان معسرًا ، ومنها لو غصبه غاصب فماتت في يده لا يضمنها عنده ويضمنها عندهما . وفي كوفي الرقبات يضمن عنده في الغصب كما يضمن بالصبي الحر ، حتى لو قربها إلى سبع فافترسها يضمن ، لأنه ضمان جناية لا ضمان غصب ، ويضمن بالقتل

وجه قولهما : أنها منتفع بها وطئًا وإجارة واستخدامًا ، وهذا دلالة التقوم وبامتناع بيعها لا يسقط تقومها كما في المدبر ، ألا ترى أن أم الولد النصراني إذا أسلمت عليها السعاية ، وهذا آية التقوم غير أن قيمتها ثلث قيمتها قنة على ما قالوا لفوات منفعة البيع والسعاية بعد الموت ، بخلاف المدبر لأن الفائت منفعة البيع ، أما السعاية والاستخدام فباقيان ، ولأبي حنيفة -رحمه الله- أن التقوم بالإحراز ، وهي محرزة للنسب لا للتقوم والإحراز للتقوم تابع له، ولهذا لا تسعى للغريم ولا لوارث ، بخلاف المدبر

بالاتفاق ، لأنه ضمان جناية .

ومنها أنه لو باعها وسلمها فماتت في يد المشتري لم يضمن عنده ، وعندهما يضمن ، ومنها أن الأمة الحبلى إذا بيعت فولدت لأقل من ستة أشهر ثم ماتت الأم عند المشتري فادعى البائع الولد يصلح ، وعليه أن يرد جميع الثمن عنده ، وعندهما يحبس ما يخصه من الثمن .

م: **(وجه قولهما أنها)** ش: أي أن أم الولد م: **(منتفع بها وطئًا)** ش: يعني من حيث الوطء م: **(وإجارة)** ش: يعني من حيث الإجارة م: **(واستخدامًا ، وهذا دلالة التقوم)** ش: يعني من حيث الاستخدام ، لأن هذه الأفعال لا تكون إلا بملك اليمين فيها لعدم العقد وملك اليمين لا يكون إلا في مال متقوم م: **(وبامتناع بيعها)** ش: وهذا جواب عما يقال أن بيعها ممتنع ، وذلك دليل على عدم التقوم . وأجاب - وبامتناع بيعها - أي بيع أم الولد م: **(لا يسقط تقومها ، كذا في المدبر)** ش: فإنه يمنع بيعه ، وهو متقوم ، وكذا بيع الآبق .

ثم أوضح ذلك بقوله م: **(ألا ترى أن أم ولد النصراني إذا أسلمت عليها السعاية)** ش: بالاتفاق ، والسعاية إنما تكون إذا بقي التقويم م: **(وهذا)** ش: أي وجوب السعاية م: **(آية التقويم)** ش: أي علامة التقويم م: **(غير أن قيمتها ثلث قيمتها قنة)** ش: يعني من حيث كونها قنة م: **(على ما قالوا)** ش: أي على ما قال مشايخنا م: **(لفوات منفعة البيع والسعاية بعد الموت)** ش: أي موت المولى ، فإنها لا تسعى للغرماء ولا للورثة م: **(بخلاف المدبر ، لأن الفائت فيه منفعة البيع ، أما السعاية والاستخدام فباقيان)** ش: فإنه يسعى للغرماء ويخدم مولاه إلى أن يموت .

م: **(ولأبي حنيفة رحمه الله أن التقوم بالإحراز)** ش: بالاقتناء للمتمول ، ألا ترى أن العبد قبل الإحراز لا يكون مالاً متقومًا ، والآدمي في الأصل ليس بمال ويصير مالاً بإحرازه على قصد التمول ويثبت ملك المتعة تبعًا ، فإذا حصنها واستولدها ظهر أن إحرازه لها للملك المتعة لا لقصد التمول ، فصار في صفة المالية ، لأن الإحراز لم يولد أصلاً فلا يكون متقومًا م: **(وهي محرزة للنسب لا للتقوم والإحراز للتقوم تابع له)** ش: أي للنسب ، يعني أنها كانت تجوز للمالية والتقوم قبل الاستيلاد ، فلما جوز هذا الاستيلاد للنسب كان الإحراز بالتقوم تابعًا لأنه ظهر أن إحرازه كان للنسب م: **(ولهذا)** ش: أي ولكونها تحرزًا للنسب م: **(لا تسعى للغريم ، ولا لوارث بخلاف المدبر)**

وهذا لأن السبب فيها متحقق في الحال ، وهو الجزئية القائمة بواسطة الولد على ما عرف في حرمة المصاهرة إلا أنه لم يظهر عمله في حق الملك ضرورة الانتفاع ، فعمل السبب في إسقاط التقوم ، وفي المدبر ينعقد السبب بعد الموت ، وامتناع البيع فيه لتحقيق مقصوده فافترقا ، وفي أم ولد النصراني قضينا بمكاتبتها عليه دفعًا للضرر من الجانبين بدل الكتابة لا يفتقر وجوبه إلى التقوم

ش: ثم أوضح عدم وجوب السعي عليها والفرق بين أم الولد والمدبر بقوله م: (**وهذا**) ش: إشارة إلى الفرق بينهما م: (**لأن السبب فيها**) ش: أي لأن سبب الحرية في أم الولد م: (**متحقق في الحال وهو الجزئية القائمة**) ش: بين المولى وأم الولد م: (**بواسطة الولد على ما عرف في حرمة المصاهرة**) ش: لأنه لما حصل الولد من بابين بحيث لا يتمازج أحدهما من الآخر صار أصوله وفروعه كأصولها وفروعها وبالعكس وثبوت الحرية يقتضي عدم التقوم ، لأن الإرقاق حرام م: (**إلا أنه لم يظهر عمله**) ش: أي غير أن سبب الحرية لم يظهر عمله م: (**في حق الملك**) ش: ولم تعتق حقيقة لأجل م: (**ضرورة الانتفاع بها**) ش: بالإجماع إذا قصده أن يكون فراشه إلى وقت موته م: (**فعمل السبب في إسقاط التقوم ، وفي المدبر ينعقد السبب بعد الموت**) ش: أي سبب الحرية بعد الموت .

قال الأترازي : وهذا تناقض من المصنف في كلامه ، لأنه جعل التدبير هنا سببها بعد الموت وجعله في باب التدبير سببًا في الحال ، ومذهب علمائنا أن التدبير في الحال بخلاف سائر التعليقات ، فإنها ليست بأسباب في الحال عندنا . قلت هذا ذكره صاحب «الكافي» وليس منه .

م: (**وامتناع البيع فيه**) ش: أي في المدبر ، وهذا جواب عن قولهما ، وبامتناع بيعها لا يسقط تقويمها ، وبالقياس على هذا ينبغي أن لا يمتنع بيع المدبر ، لأنه إذا كان السبب ينعقد بعد الموت ، فلم قلتم بامتناع بيعه ، فأجاب بقوله - وامتناع البيع فيه - م: (**لتحقيق مقصوده**) ش: أي مقصود المولى من التدبير وهو الحرية وإن كان السبب لم ينعقد في الحال لم يدل على سقوط التقوم ، وإنما ظهر أثر انعقاده في حرمة البيع خاصة م: (**فافترقا**) ش: أي حكم أم الولد والمدبر من الوجه المذكور .

م: (**وفي أم ولد النصراني**) ش: جواب عما قاسا عليه م: (**قضينا**) ش: أي حكمنا م: (**بكاتبتها عليه**) ش: أي على النصراني م: (**دفعًا للضرر من الجانبين**) ش: في حق أم الولد ، فلئلا تبقى تحت نصراني وهي مسلمة ، وأما في حق النصراني فلئلا يبطل ملكه مجانًا ، ولما كانت هي في معنى المكاتبة كان إذنه في معنى بدل الكتابة م: (**بدل الكتابة لا يفتقر وجوبه إلى التقوم**) ش: أي تقوم ما يقابله ، لأنه في الأصل مقابل بفك الحجر ، وفك الحجر متقوم ، فلذا قلنا : إن مكاتبها لم يقتض مقوم أم ولد النصراني . والله أعلم .

***

باب عتق أحد العبدين

ومن كان له ثلاثة أعبد دخل عليه اثنان فقال : أحدكما حر، ثم خرج واحد منهما ودخل آخر فقال : أحدكما حر ثم مات ولم يبين عتق من الذي أعيد عليه القول ثلاثة أرباعه ونصف كل واحد من الآخرين عند أبي حنيفة -رحمه الله- وأبي يوسف -رحمه الله- وقال محمد-رحمه الله- : كذلك إلا في العبد الآخر فإنه يعتق ربعه، أما الخارج فلأن الإيجاب الأول دائر بينه وبين الثابت ، وهو الذي أعيد عليه القول وأجب عتق رقبة بينهما لاستوائهما، فيصيب كلاً منهما النصف غير أن الثابت استفاد بالإيجاب الثاني ربعًا آخر ؛ لأن الثاني دائر بينه وبين الداخل فينتصف بينهما

م: (**باب عتق أحد العبدين**)

ش: أي هذا باب في حكم عتق أحد العبدين ، ولما فرغ من بيان إعتاق بعض عبد واحد شرع في إعتاق أحد العبدين ، لأن أحدهما بعض أيضًا ، لكن قدم الأول لكون الواحد مقدمًا على الاثنين .

م: (**ومن كان له ثلاثة أعبد دخل عليه اثنان فقال : أحدكما حر ثم خرج واحد منهما ودخل آخر فقال : أحدكما حر ثم مات ولم يبين**) ش: أي ثم مات المولى والحال أنه لم يبين ولم يسم كل واحد من العبدين باسم الفعل الذي اتصف به ، قلتم : الذي خرج خارج والذي دخل داخل ، والذي لم يخرج ثابت ، ثم إن كان المولى ما دام حيًا يؤمر بالبيان، لأنه هو المجمل ويرجع في البيان إليه ويعتق الذي عينه ، فإذا مات قبل البيان م: (**عتق من الذي أعيد عليه القول ثلاثة أرباعه**) ش: أراد بالقول قوله أحدكما حر ، وأراد بالذي أعيد عليه القول الثابت م: (**ونصف كل واحد**) ش: أي عتق نصف كل واحد م: (**من الآخرين**) ش: وهما الداخلان والخارج م: (**عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وأبي يوسف رحمه الله تعالى**) .

م: (**وقال محمد رحمه الله تعالى هو كذلك**) ش: يعني يعتق من الثابت ثلاثة أرباعه ، ومن الخارج نصف م: (**إلا في العبد الآخر**) ش: وهو الداخل م: (**فإنه يعتق ربعه ، أما الخارج فلأن الإيجاب الأول دائر بينه وبين الثابت**) ش: بحيث إنه يحتمل أن يراد به هذا أو ذاك ، وليس أحدهما بأولى من الآخر فينصف بينهما م: (**وهو الذي**) ش: أي الثابت م: (**أعيد عليه القول**) ش: وهو قوله أحدكما حر م: (**وأوجب عتق رقبة بينهما**) ش: أي بين الداخل والثابت م: (**لاستوائهما**) ش: لأن أحدهما ليس بأولى من الآخر م: (**فيصيب كلاً منهما النصف ، غير أن الثابت استفاد بالإيجاب الثاني**) ش: وهو قوله أحدكما حر في المرة الثانية م: (**ربعًا آخر ، لأن الثاني**) ش: أي الإيجاب الثاني م: (**دائر بينه**) ش: أي بين الثابت م: (**وبين الداخل فينتصف بينهما**) ش: أي بين الثابت والداخل لعدم الأولوية .

غير أن الثابت استحق نصف الحرية بالإيجاب الأول ، فشاع النصف المستحق بالثاني في نصفيه ، فما أصاب المستحق بالعتق الأول لغى ، وما أصاب الفارغ بقي فيكون له الربع فتمت له ثلاثة الأرباع ، ولأنه لو أريد هو بالثاني يعتق نصفه ، ولو أريد به الداخل لا يعتق هذا النصف فينتصف النصف فيعتق منه الربع بالثاني والنصف بالأول ، وأما الداخل فمحمد رحمه الله يقول : لما دار الإيجاب الثاني بينه وبين الثابت وقد أصاب الثابت منه الربع فكذلك يصيب الداخل وهما يقولان إنه دائر بينهما، وقضية التنصيف، وإنما نزل أي الربع في حق الثابت لاستحقاقه النصف بالإيجاب الأول كما ذكرنا ، ولا استحقاق الداخل من قبل فيثبت فيه النصف .

م: (**غير أن الثابت استحق نصف الحرية بالإيجاب الأول فشاع النصف المستحق بالثاني**) ش: أي بالإيجاب الثاني م: (**في نصفيه ، فما أصاب المستحق**) ش: بفتح الحاء ، أي المستحق م: (**بالعتق الأول**) ش: أي بالإيجاب الأول م: (**لغى**) ش: أي الذي أصاب من النصف الشائع النصف المستحق الأول لغى ، لأن تحرير الحر محال م: (**وما أصاب الفارغ بقي**) ش: أي وما أصاب غير المستحق بقي وصح م: (**فيكون له الربع**) ش: فينتصف النصف الشائع ، فيعتق بالإيجاب الثاني ربع الثابت ، وبالإيجاب الأول نصفه م: (**فتمت له**) ش: أي للثابت م: (**ثلاثة الأرباع ، ولأنه**) ش: أي ولأنه م: (**لو أريد هو**) ش: أي الثاني م: (**بالثاني**) ش: أي الإيجاب الثاني م: (**يعتق نصفه الباقي، ولو أريد به**) ش: أي بالإيجاب الثاني م: (**الداخل لا يعتق هذا النصف**) ش: أي النصف الباقي من الثابت ، فإذا يعتق من الثابت نصفه الباقي في حال دون حال .

م: (**فينتصف النصف ، فيعتق منه الربع بالثاني**) ش: أي بالإيجاب الثاني م: (**والنصف بالأول**) ش: أي يعتق النصف بالإيجاب الأول .

م: (**وأما الداخل فمحمد رحمه الله يقول لما دار الإيجاب الثاني بينه**) ش: أي بين الداخل م: (**وبين الثابت وقد أصاب الثابت منه الربع**) ش: بالاتفاق م: (**فكذلك يصيب الداخل**) ش: يعني الربع م: (**وهما**) ش: أي أبو حنيفة رحمه الله وأبو يوسف رحمه الله م: (**يقولان إنه دائر بينهما**) ش: أي الإيجاب الثاني دائر بين الداخل والثابت م: (**وقضية التنصيف**) ش: أي قضية هذا الدوران يكون بينهما التنصيف لاستوائهما م: (**وإنما نزل أي الربع في حق الثابت لاستحقاقه النصف بالإيجاب الأول كما ذكرنا**) ش: أي عند قوله - لأن الثاني دائر بينه وبين الداخل فينتصف - أي يجعل بينهما النصف م: (**ولا استحقاق الداخل من قبل**) ش: أي من قبل ذلك م: (**فيثبت فيه النصف**) ش: أي يثبت في حق الداخل النصف .

حاصل هذا أن الإيجاب الثاني لو أريد به الداخل عتق ، ولو أريد به الثابت يعتق الباقي منه ، ولا يعتق الداخل ، فإذا عتق الداخل في حال دون حال فيتنصف عتق العتق بينهما ، فيعتق نصف الداخل .

قال : فإن كان القول منه في المرض قسم الثلث على هذا وشرح ذلك أن يجمع بين سهام العتق ، وهي سبعة على قولهما لأنا نجعل كل رقبة على أربعة لحاجتنا إلى ثلاثة الأرباع فنقول : يعتق من الثابت ثلاثة أسهم ، ومن الآخرين من كل واحد منهما سهمان ، فيبلغ سهام العتق سبعة ، والعتق في مرض الموت وصية ومحل نفاذها الثلث ، فلا بد أن يجعل سهام الورثة ضعف ذلك ، فيجعل كل رقبة على سبعة ، وجميع المال أحد وعشرون فيعتق من الثابت ثلاثة ، ويسعى في أربعة ، ويعتق من الباقيين من كل واحد منهما سهمان ويسعى في خمسة ، فإذا تأملت وجمعت استقام الثلث والثلثان ، وعند محمد -رحمه الله- يجعل كل رقبة على ستة لأنه يعتق من الداخل عنده سهم فنقصت سهام العتق بسهم وصار جميع المال ثمانية عشر ، وباقي التخريج ما مر ، ولو كان هذا في الطلاق

م: (**قال**) ش: أي محمد في « الجامع الصغير» م: (**فإن كان القول منه**) ش: أي فإن كان القول المذكور من المولى م: (**في المرض قسم الثلث على هذا**) ش: على ما ذكر م: (**وشرح ذلك أن يجمع بين سهام العتق ، وهي سبعة أسهم**) ش: وصايا العبيد الثلاثة سبعة ، لأن العتق وصية ، والوصية تنفذ من الثلث ، فيضرب كل بقدر وصيته م: (**على قولهما**) ش: أي على قول أبي حنيفة رحمه الله وأبي يوسف رحمه الله ، م: (**لأنا نجعل كل رقبة على أربعة**) ش: أسهم م: (**لحاجتنا إلى ثلاثة أرباع ، فنقول يعتق من الثابت ثلاثة أسهم ، ومن الآخرين**) ش: بفتح الخاء ، وأراد بهما الداخل والخارج م: (**من كل واحد منهما سهمان فيبلغ سهام العتق سبعة**) .

م: (**والعتق في مرض الموت وصية**) ش: وكل وصية م: (**ومحل نفاذها الثلث فلا بد أن يجعل سهام الورثة ضعف ذلك ، فيجعل كل رقبة على سبعة أسهم**) ش: فإذا كان الثلث سبعة وثلثاه أربعة عشر م: (**وجميع المال أحد وعشرون فيعتق من الثابت ثلاثة**) ش: أسهم م: (**ويسعى في أربعة**) ش: أسهم م: (**ويعتق من الباقيين**) ش: وهما الخارج والداخل م: (**من كل واحد منهما سهمان**) ش: أي يعتق سهمان م: (**ويسعى**) ش: أي كل واحد منهما م: (**في خمسة أسهم ، فإذا تأملت وجمعت استقام الثلث والثلثان**) ش: لأن سهام الوصايا سبعة ، وسهام السعايا أربعة عشر .

م: (**وعند محمد يجعل كل رقبة على ستة ، لأنه يعتق من الداخل عنده**) ش: أي عند محمد م: (**سهم فنقصت سهام العتق بسهم ، وصار جميع المال ثمانية عشر**) ش: لأن الخارج يضرب بسهمين ، والثابت ثلاثة أسهم ، والداخل سهم فكان سهام الوصايا ستة ، فإذا كانت الثلث ستة كان جميع المال ثمانية عشر لا محالة م: (**وباقي التخريج ما مر**) ش: يعني يعلم مما مر ، فالخارج يعتق منه سهمان ويسعى في أربعة ، والثالث يعتق منه الثلاثة ويسعى في ثلاثة ، والداخل يعتق منه سهم ويسعى في خمسة ، فكان نصيب السعاية وهو نصيب الورثة اثني عشر سهمًا ، وسهام الوصايا ستة . م: (**ولو كان هذا**) ش: أي هذا الكلام م: (**في الطلاق**) ش: وهي مسألة الزيادات يحتج بها

وهن غير مدخولات ومات الزوج قبل البيان سقط من مهر الخارجة ربعه ، ومن مهر الثابتة ثلاثة أثمانه ، ومن مهر الداخلة ثمنه، قيل هذا قول محمد -رحمه الله- خاصة وعندهما يسقط ربعه ، وقيل هو من قولهما أيضًا ، وقد ذكرنا الفرق وتمام تفريقاتها في الزيادات .

محمد عليهما وصورته رجل له ثلاث نسوة م: (**وهن غير مدخولات**) ش: يعني لم يدخل بهن ، فقال لامرأتين منهم إحداكما طالق ثم خرجت واحدة منهن دخلت للثالثة ، فقال إحداكما طالق ثم خرجت واحدة منهن ودخلت الثالثة ، فقال إحداكما طالق م: (**ومات الزوج قبل البيان سقط من مهر الخارجة ربعه ، ومن مهر الثابتة ثلاثة أثمانه ، ومن مهر الداخلة ثمنه**) ش: والثمن من الصداق بمنزلة الربع من العتاق ، لأن المستحق بالطلاق سقوط على النصف من المستحق بالعتق سويًا في الإيجاب الثاني م: (**قيل : هذا قول محمد خاصة**) ش: فلا يكون حجة عليهما ، وكيف يكون حجة . م: (**وعندهما يسقط ربعه ، وقيل : هو من قولهما أيضًا**) ش: أي قول أبي حنيفة ، وأبي يوسف فلا بد من الفرق بين العتق والطلاق ، فقال م: (**وقد ذكرنا الفرق**) ش: أي بين العتاق والطلاق م: (**وتمام**) ش: بالنصب عطفًا على الفرق ، أي وذكرنا تمام م: (**تفريقاتها**) ش: أي تفريقات هذه المسألة م: (**في الزيادات**) ش: أي في شرح الزيادات .

أما الفرق فهو أن الثابت في العتق بمنزلة المكاتب ، لأنه حين تكلم كان له حق البيان ، وصرف العتق إلى أيهما شاء من الثابت والخارج ، فما دام له حق البيان كان كل واحد من العبدين حرًا من وجه وعبدًا من وجه ، فإذا كان الثابت كالمكاتب كان الكلام الثاني صحيحًا من كل وجه ، لأنه دار بين المكاتب والعبد ، إلا أنه أصاب الثابت منه الربع ، والداخل النصف .

وأما الثابتة في الطلاق فمترددة بين أن تكون منكوحة وبين أن تكون أجنبية ، لأن الخارجة إن كانت المرادة بالإيجاب الأول كانت الثانية منكوحة فيصح الإيجاب الثاني ، وإن كانت الثانية هي المرادة بالإيجاب الأول كانت المعينة ، فيلغو الإيجاب الثاني ، فجعلت أجنبية من وجه ، فيصح الإيجاب الثاني من وجه دون وجه فيسقط نصف المهر ، وهو الربع موزعًا بين مهر الداخلة والثابتة فيصيب كل واحدة منهن الثمن .

وأما التفريعات فمنها أن المولى إذا لم يمت ومات الثابت عتق الخارج والداخل ، أما الخارج فلأن الكلام الأول أوجب عتق رقبة بينه وبين الثابت ، فبطلت مزاحمة الثابت ، وكذلك الكلام الثاني أوجب عتق رقبة بين الثابت والداخل فبطلت مزاحمة الثابت ، هذا عندهما ، وأما عند محمد فإنما يعتق الخارج لما قلنا ، وأما الداخل فلأن الثابت لما تعين للرق بالمؤنة ظهر أن الكلام صحيح بكل حال ، فصار قوله كقولهما ، ومنها أن الداخل إذا مات قبل المولى أو وقع العتق على أيهما شئت من الخارج والثابت . فإن أوقعه على الخارج عتق الثابت أيضًا ، لأنه ظهر أنه كان عبدًا عند الإيجاب الثاني ، فبطل مزاحمة الداخل بموته ، فإن أوقع العتق الأول على الثابت لم يعتق الخارج بلا شبهة ، أوكذا الداخل لأن المضموم إليه الحر .

ومن قال لعبديه : أحدكما حر فباع أحدهما أو مات ، أو قال له : أنت حر بعد موتي عتق الآخر؛ لأنه لم يبق محلاً للعتق أصلاً بالموت

وذكر في شرح الزيادات هذا عند محمد ، فأما عندهما يجب أن الخارج الثابت ، لأن الكلام الثاني صحيح معين له الثابت بالكلام الأول ، وبطل الكلام الثاني ، لأن المضمون إليه حر ، وها هنا أن المولى إذا لم يمت ولا العبد أيضًا ، وبين المولى فإن عين الخارج بالكلام الأول خير في الآخرين ، لأن الكلام الثاني صحيح بكل حال على هذا الوجه ، وإن عين الثابت بقي الخارج وكذا الداخل لأن المضموم إليه حر ، أو إن عين الثابت بالكلام الثاني عتق الخارج بكلام الأول ولم يعتق الداخل وإن بين الداخل بالكلام الثاني في تعيين الخارج والثابت بالكلام الأول منها ميراث النساء وهو الربع والثمن يقسم بين الداخلة ، والأولين نصفين نصف الداخلة لأنه لا يزاحمها إلا أحد الأوليين والنصف الآخرين الأوليين ، لأن إحداهما ليست بأولى .

ومنها أن الثابت إذا ماتت والزوج حي طلقت الخارجة والداخلة لانعدام المزاحمة ، ولكل واحدة ثلاثة أربع المهر ، فإن ماتت الداخلة كان تخييراً في الأخريين بالكلام الأول فإن أوقعه على الخارجة طلقت الثابت أيضًا لانعدام مزاحمة الداخلة بالموت ، وإن أوقعه على الثابتة لم تطلق الخارجة ، وإن ماتت الخارجة طلقت الثانية ولم تطلق الداخلة .

ومنها أنه إذا لم تمت واحدة منهن لكن الزوج أوقع الطلاق الأول على الخارجة صح الكلام الثاني وله الخيار في تعيين الثابتة أو الداخلة بالثاني إن أوقع الطلاق البائن على الداخلة كان له الخيار في تعيين الخارجة والثابتة بالكلام الأول .

م: (**ومن قال لعبديه : أحدكما حر فباع أحدهما أو مات**) ش: أي أحدهما م: (**أو قال له :**) ش: أي لأحدهما م: (**أنت حر بعد موتي عتق الآخر**) ش: وهذه من مسائل «الجامع الصغير» ، صورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رحمه الله في رجل قال لعبديه أحدكما حر ، ثم باع أحدهما قال يعتق الآخر ، وإن مات أحدهما عتق الآخر ، وكذا لو قال لامرأته : إحداكما طالق ثم ماتت إحداهما طلقت الأخرى . وقال الحاكم الشهيد في«الكافي» : لو قال لعبديه : أحدكما حر ثم مات أحدهما أو قتل أو باعه أو رهنه أو دبره عتق الباقي م: (**لأنه لم يبق محلاً للعتق أصلاً بالموت**) .

فإن قيل يشكل بما إذا قال لأمتيه إحداكما ابنتي أو أم ولدي وماتت إحداهما لم تتعين الحرية والاستيلاد في الحية ، ذكره التمرتاشي ، قلنا : ليس هو إيقاعًا بصيغة بل إخبار ، ويجوز أن يخبره بهذا عن الحي والميت ، فيرجع إلى بيان الموتى ، فأما الإنشاء فلا يصح إلا في الحي ، وفي مسألتنا إنما تيقن الآخر بعد الموت ، لأن البيان إنشاء من وجه وإظهار من وجه فصح البيان في فعل يحتمل الإنشاء والميت لا يحتمل الإنشاء ، فتعين الآخر للعتق ، كذا في «الإيضاح »، ثم البيان

وللعتق من جهته بالبيع ، وللعتق من كل وجه بالتدبير فتعين الآخر ، ولأنه بالبيع قصد الوصول إلى الثمن وبالتدبير إبقاء الانتفاع إلى موته ، والمقصود أن ينافيان العتق الملتزم فتعين له الآخر دلالة وكذا إذا استولد أحدهما للمعنيين ، ولا فرق بين البيع الصحيح والفاسد مع القبض أو بدونه والمطلق وبشرط الخيار لأحد المتعاقدين لإطلاق جواب الكتاب ، والمعنى ماقلنا ، والعرض على البيع ملحق به في المحفوظ عن أبي يوسف -رحمه الله-

---

يثبت صريحًا ودلالة ، فالأول كقوله اخترت أن يكون هذا حر باللفظ الذي قلت ، أو يقول : أنت حر بذلك العتق أو يقول : عتقك بالعتق الشائع .

والثاني كما إذا باع أحدهما مطلقًا أو بشرط الخيار لأحد المتبايعين ، ولو باع بيعًا فاسدًا وقبضه المشتري على ما ذكره في شرح الطحاوي « تحفة الفقهاء» أو لم يقبضه على ما ذكره في «فتاوى الولوالجي» أو كاتب أو دبر أو رهن أو آجر ، فإنه يكون بيانًا في هذا كله أو استخدم أحدهما أو قطع يد أحدهما أو جنى على أحدهما لا يكون بيانًا في قولهم كذا في «شرح الطحاوي» . وإن أعتق أحدهما عتقًا مستأنفًا يعتقان جميعًا ، هذا بإعتاقه ، وذاك باللفظ السابق ، وإن قال عنيت به المعتق باللفظ السابق صدق في القضاء ، كذا في«شرح الطحاوي» .

م: (**وللعتق من جهته بالبيع**) ش: أي لم يبق العبد محلاً للعتق من جهة الذي قال أحدكما حر فتعين الآخر م: (**وللعتق من كل وجه بالتدبير**) ش: أي لم يبق العبد محلاً للعتق الملتزم من كل وجه بالتدبير لأن المدبر استحق الحرية م: (**فتعين الآخر**) ش: دلالة م: (**ولأنه بالبيع قصد الوصول إلى الثمن وبالتدبير إبقاء الانتفاع إلى موته ، والمقصود أن ينافيان العتق الملتزم**) ش: أي المقصود بالبيع ، وهو الوصول إلى الثمن والمقصود بالتدبير وهو بقاء الانتفاع إلى الموت كلامًا ينافيان العتق الملتزم بفتح الزاي ، لأنه يلزم من إثبات أحدهما عدم الآخر ، فلما ثبت التنافي للعتق في أحدهما .

م: (**فتعين له الآخر دلالة ، وكذا إذا استولد أحدهما للمعنيين**) ش: أي وكذا لتعيين الأخرى للعتق إذا علقت منه ، وإنما قيدنا بالعلوق ، لأن مجرد الوطء ليس ببيان عند أبي حنيفة -رحمه الله- في العتق كما سيجيء إن شاء الله تعالى بعد هذا للمعنيين أراد بهما ما قاله في التدبير ، وهو عدم بقائها للعتق من كل وجه بعد الاستيلاد لأنها استحقت الحرية وإبقاء الانتفاع إلى الموت .

م: (**ولا فرق بين البيع الصحيح والفاسد مع القبض أو بدونه**) ش: أي أو بدون القبض في البيع الفاسد ، لأن تصرف الذي يختص في الملك يوجد في الكل م: (**والمطلق**) ش: أي والبيع المطلق عن الخيار أو بشرط الخيار لأحد المتعاقدين لإطلاق جواب الكتاب أراد بالكتاب «الجامع الصغير» . والمعنى ما قلنا وهو أنه قصد الوصول إلى المثمن والوصول إلى الثمن ينافي العتق فتعين الآخر للعتق . م: (**وبشرط الخيار لأحد المتعاقدين لإطلاق جواب الكتاب ، والمعنى ما قلنا والعرض على البيع ملحق به**) ش: أي بالبيع م: (**في المحفوظ**) ش: أي في القول المحفوظ م: (**عن أبي يوسف**

والهبة والتسليم والصدقة والتسليم بمنزلة البيع ، لأنه تمليك ، وكذلك لو قال لامرأتيه إحداكما طالق ثم ماتت إحداهما لما قلنا ، وكذا لو وطئ إحداهما لما نبين ، ولو قال لأمتيه: إحداكما حرة ثم جامع إحداهما لم يعتق الأخرى عند أبي حنيفة -رحمه الله- وقالا : تعتق ؛ لأن الوطء لا يحل إلا في الملك ، وإحداهما حرة ، فكان بالوطء مستبقيًا للملك في الموطوءة فتعينت الأخرى لزواله بالعتق كما في الطلاق وله أن الملك قائم في الموطوءة ، لأن الإيقاع في المنكرة وهي معينة فكان وطؤها حلالاً ، فلا يجعل بيانًا ، ولهذا حل وطؤهما على مذهبه، إلا أنه لا يفتي به

رحمه الله) ش: قال في «شرح الطحاوي» : وروى ابن سماعة عن أبي يوسف إذا ساوم أحدهما يكون بيانًا يعني أن الآخر يتعين للعتق م: **(والهبة والتسليم والصدقة والتسليم بمنزلة البيع ، لأنه تمليك)** ش: قال الأترازي: ولنا فيه نظر ، لأنه لم يشترط التسليم في البيع الفاسد أن الملك لا يثبت فيه إلا بعد القبض ، وهنا اشترط التسليم ، والحق عندي أن لا يشترط التسليم في الفصلين جميعًا لوجود تصرف يختص بالملك فيهما ، ولهذا ألحق الحكم فيهما جميعًا انتهى .

قلت : أخذ هذا من صاحب «النهاية» ، فإنه قال : ذكر التسليم في قوله والهبة والتسليم والصدقة بمنزلة البيع على وجه التأكيد لا على وجه الشرط .

م: **(وكذلك)** ش: أي وكذلك تتعين الأخرى للطلاق م: **(لو قال لامرأتيه إحداكما طالق ثم ماتت إحداهما لما قلنا)** ش: أشار به إلى قوله لأنه لم يبق محلاً للطلاق بالموت م: **(وكذا لو وطئ إحداهما)** ش: أي أحد المرأتين لا أحد الأمتين م: **(لما نبين)** ش: أي في المسألة التي بعد هذه م: **(ولو قال لأمتيه إحداكما حرة ثم جامع إحداهما لم يعتق الأخرى عند أبي حنيفة رحمه الله)** ش: وبه قال أحمد م: **(وقالا تعتق)** ش: وبه قال الشافعي ومالك في رواية كما في الطلاق ، وفيه الاتفاق م: **(لأن الوطء لا يحل إلا في الملك ، وإحداهما حرة فكان بالوطء مستبقيًا للملك في الموطوءة ، فتعينت الأخرى لزواله بالعتق ، كما في الطلاق)** ش: بأن قال لامرأتيه إحداكما طالق ثم وطئ إحداهما كان بيانًا ، وهذا الخلاف فيما إذا تعلق الأمة الموطوءة ، فإذا علقت يكون بيانًا عند أبي حنيفة أيضًا ، نص عليه الحاكم الشهيد في «الكافي » : ولو قال إحداكما مدبرة ثم وطئ إحداهما لا يكون بيانًا بالإجماع ، لأن التدبير لا يزيل ملك البائع ، كذا في «شرح الطحاوي » .

م: **(وله)** ش: أي ولأبي حنيفة م: **(أن الملك قائم في الموطوءة)** ش: **أي في التي توطأ من كل منهما** م: **(لأن الإيقاع في المنكرة)** ش: أي لأن إيقاع العتق إنما هو في المنكرة م: **(وهي معينة)** ش: أي الموطوءة معينة غير منكرة م: **(فكان وطؤها حلالاً ، فلا يجعل بيانًا ، ولهذا)** ش: أي ولأجل قيام الملك في الموطوءة م: **(حل وطؤهما)** ش: أي وطء الأمتين جميعًا بعد قوله - لهما - إحداكما حرة م: **(على مذهبه)** ش: أي على مذهب أبي حنيفة م: **(إلا أنه لا يفتي به)** ش: أي بحل وطئهما ، وهو استثناء من قوله حل وطؤهما ، أي يعلم هذا أو لا يفتي به معتمداً لأبي حنيفة بترك الاحتياط .

ثم يقال العتق غير نازل قبل البيان لتعلقه به ، أو يقال نازل في المنكرة ، فيظهر في حق حكم تقبله والوطء يصادق المعينة بخلاف الطلاق، لأن المقصود الأصلي من النكاح الولد وقصد الولد بالوطء يدل على الاستبقاء في الموطوءة صيانة للولد ، أما الأمة فالمقصود من وطئها قضاء الشهوة دون الولد ، فلا يدل على الاستبقاء . ومن قال لأمته: إن كان أول ولد تلدينه غلامًا فأنت حرة فولدت غلامًا وجارية ، ولا يدري أيهما ولد أولاً عتق نصف الأم ونصف الجارية والغلام عبد

م: (**ثم يقال العتق غير نازل**) ش: هذا جواب عما يقال : العتق إما أن يكون نازلاً أو لا ، فإن كان غير نازل عن مدلوله ، وإن كان نازلاً لا يجوز وطؤها ، فأجاب عن كل واحد من الشقين ، فقال على الشق الثاني بقوله ثم يقال : للعتق غير نازل م: (**قبل البيان لتعلقه به**) ش: أي لتعليق العتق بالبيان ، فإن كان كالعتق المعلق به بدخول الدار هو غير نازل قبل الدخول ، فكذا هنا وقال على الشق الأول بقوله م: (**أو يقال نازل في المنكرة فيظهر**) ش: أي العتق النازل في المنكرة م: (**في حق حكم تقبله**) ش: أي المنكر كالبيع ، فإن المنكر بفضله بأن يشتري أحد العبدين على أن المشتري بالخيار فيهما ، فإنه يصح م: (**والوطء يصادق المعينة**) ش: أي وطء غير المعينة لا يمكن ، لأنه هو حسي لا يقع إلا في المعين .

م: (**بخلاف الطلاق**) ش: جواب عما يقال كيف يقع بيانًا في الطلاق أجاب بقوله بخلاف الطلاق طلاق م: (**لأن المقصود الأصلي من النكاح الولد وقصد الولد بالوطء يدل على الاستبقاء في الموطوءة صيانة للولد**) ش: أي لأجل صيانة الولد م: (**أما الأمة فالمقصود من وطئها قضاء الشهوة دون الولد فلا يدل على الاستبقاء**) ش: فلا يصير وطؤها بيانًا للعتق في الأخرى .

م: (**ومن قال لأمته إن كان أول ولد تلدينه غلامًا فأنت حرة فولدت غلامًا وجارية لا يدري أيهما ولد أولاً عتق نصف الأم ونصف الجارية والغلام عبد**) ش: في «شرح الطحاوي» روي عن محمد أنه قال : لا يعتق واحد منهم .

وفي «المبسوط»ذكر محمد في «الكسانيات» هذا الجواب الذي ذكر ليس بجواب هذا الفصل بل في هذا الفصل لا يحكم بعتق واحد منهم ولكن يحلف المولى بالله ما يعلم أنها ولدت الغلام أولاً ، فإن نكل فتكون كإقراره ، وإن حلف كلهم أرقاء .

وأما جواب الكتاب ففي فصل آخر ، وهو ما إذا قال لأمته : إذا كان أول ولد تلدينه غلامًا فأنت حرة وإن كان جارية فهي حرة فولدتهما جميعًا ولا يدري الأول فالغلام رقيق ، والأمة حرة ويعتق نصف الأم لأنها إذا ولدت الغلام أولاً فهي حرة ، والغلام رقيق ، وإن ولدت الجارية أولا فهي حرة والغلام والأم رقيقان فالأم تعتق في حال دون حال فيعتق نصفها ، والغلام عبد بيقين والجارية حرة بيقين ، إما بعتق نفسها و بعتق الأم . قال صاحب « النهاية» : هو الصحيح . وقال الأترازي ناقلاً عن «الكافي»وغيره : هذه المسألة على وجوه ستة فلنذكرها ملخصة :

لأن كل واحدة منهما تعتق في حال ، وهو ما إن ولدت الغلام أول مرة بالشرط والجارية لكونها تبعًا لها إذ الأم حرة حين ولدتها وترق في حال وهو ما إذا ولدت الجارية أولاً لعدم الشرط فيعتق نصف كل واحدة منهما ويسعى في النصف ، أما الغلام يرق في الحالين ، فلهذا يكون عبدًا وإن ادعت الأم أن الغلام هو المولود أولاً وأنكر المولى والجارية صغيرة فالقول قوله مع اليمين لإنكاره شرط العتق ، فإن حلف لم يعتق

أحدها : أن يتصادقوا على أنهم لا يدرون أيهما ولد أولاً ، يعتق من الغلام والجارية النصف ويسعى كل واحد منهما في النصف .

الثاني : أن تدعي الأم أن الغلام ولد أولاً وأنكر المولى ذلك وقال : إن الجارية هي الأولى وهي صغيرة فالقول قول المولى مع يمينه على العلم ، فإن حلف لا يثبت عتق واحدة فإن نكل عتقت الأم والجارية وهي إذا كانت صغيرة تصير الأم خصمًا عنها ، لكون حريتها نفعًا محضًا ، فيعتقا جميعًا قال فخر الإسلام في شرح «الجامع الصغير» ، وإنما تصح الأم عن البنت ما دامت صغيرة ، وإن كانت كبيرة لا يصح .

الثالث : أن يتصادقوا أن الجارية هي التي ولدت أولاً لا يعتق أحد لانعدام شرط المعتق .

الرابع : أن يتصادقوا أن الغلام ولد أولاً تعتق الأم لوجود شرط المعتق ، وكذا الجارية تبعًا للأم والغلام عبد ، لأنه زال عنها في حال الرق ، ولا يعتق تبعًا لها .

الخامس : أن تدعي الأم إلى الغلام أول ولم تدع الجارية شيئًا وهي كبيرة حلف المولى على العلم ، فإن حلف لا يثبت عتق أحد ، وإن نكل عتقت الأم دون الجارية .

السادس : أن تدعي الجارية ولم تدع الأم شيئًا ، فإن المولى لا يثبت عن الواحد وإن نكل مع الجارية دون الأم . وقال الحاكم في «مختصر الكافي» ولو قال إن كان أول ولد تلدينه غلامًا فأنت حرة جارية فهي حرة فولدتهما ، فإن علم أيهما أول عمل على ذلك ، وإن لم تعلم ، واتفق الأم والمولى على شيء فكذلك . وإن قال لا تدري فالغلام رقيق والابنة حرة ويعتق نصف الأم .

م: **(لأن كل واحدة منهما)** ش: أي من الغلام والجارية م: **(تعتق في حال وهو ما إن ولدت الغلام أول مرة)** ش: عتقت الأمم: (بالشرط) ش: أي يعتق الأم بالشرط م: **(والجارية)** ش: أي يعتق الجارية .

م: **(لكونها تبعًا لها إذ الأم حرة حين ولدتها وترق)** ش: أي الأم م: **(في حال وهو ما إذا ولدت الجارية أولاً لعدم الشرط فيعتق نصف كل واحدة منهما ويسعى في النصف ، أما الغلام يرق في الحالين ، فلهذا يكون عبدًا ، وإن ادعت الأم أن الغلام هو المولود أولاً وأنكر المولى والجارية صغيرة فالقول قوله مع اليمين)** ش: أي القول قول المولى مع اليمين على العلم م: **(لإنكاره شرط العتق ، فإن حلف لم يعتق**

واحد منهم وإن نكل عـتقت الأم والجارية ، لأن دعـوى الأم حرية الصغـيرة معـتبرة لكونها نفـعًا محضًا ، فاعـتبر النكول في حق حريتهما فعـتقا ، ولو كانت الجارية كبيرة ولم تـدع شيئًا والمسألة بحالها عتقت الأم بنكول المولى خاصة دون الجارية ، لأن دعـوى الأم غير معتبرة في حق الجارية الكبيرة وصحة النكول تبتنى على الدعوى ، فـلم يظهر في حق الجارية، ولو كانت الجارية الكبيرة هي المدعـية لسـبق ولادة الغلام والأم سـاكتـة يثبت عـتق الجارية بنكول المولى دون الأم لما قلنا ، والتحليف على العلم فيما ذكرنا ، لأنه استحلاف على فعل الغير وبهذا القدر يعرف ما ذكرنا من الوجوه في «كفـاية المنتهى» . قال : وإذا شهد رجـلان على رجل أنه أعتق أحد عبديه ، فـالشهادة باطلة عند أبي حنيـفة -رحمـه الله- إلا أن يكون في وصيـته استحسـانًا ذكره في العـتاق ، وإن شهدوا أنه طلق إحدى نسائه جازت الشهادة ويجبر الزوج أن يطلق

واحد منهم ، وإن نكل عـتقت الأم والجارية لأن دعـوى الأم حرية الصغـيرة معـتبرة لكونها نـفعًا محـضًا فاعتبر النكول في حق حريتهما فعتقا) ش: أي الغلام والجارية .

م: (ولو كانت الجارية كـبيرة فلم تدع شيئًا ، **والمسـألة بحالها**) ش: أي ادعت الأم أن الغـلام هو المولود أولاً وأنكر المولى م: (**عتقت الأم بنكول المولى خاصة دون الجارية ، لأن دعـوى الأم غير معتبرة في حق الجارية الـكبيرة وصـحة النكول تبتـنى على الدعوى ، فلم يظهـر في حق الجارية**) ش: أي حرية الجارية الكبيرة .

م: (**ولـو كـانت الجـاريـة الكبـيرة هي المـدعـيـة لـسـبق ولادة الـغلام والأم سـاكتـة يثبت عـتـق الجـارية بـنكول المـولى دون الأم لمـا قـلـنا**) ش: أشـار به إلـى قـوله - وصـحـة النكول تـبتـنى عـلى الـدعـوى - م: (**والتـحليـف عـلى الـعلم فيـما ذكـرنا ، لأنـه استحـلاف على فعل الغير ، وبهذا القدر يعرف ما ذكرنا من الوجـوه في «كفاية المنتهى»**) ش: أي وبهـذا القدر من البيان لا يعرف ما ذكـرنا من الوجوه تفـصيلاً في كتاب «كفاية المنتهى»، وأراد بهـا الوجوه الستة التي ذكرناها آنفًا والأربعة من الوجوه مذكورة في الكتاب يقف عليه المتأمل الفطن . م: (**قال**) ش: **أي محمد في «الجامع الصغير»** م: (**وإذا شهـد رجلان على رجل أنه أعتق أحـد عبديه فـالشهادة باطلـة عند أبي حنيفة رحـمه الله**) ش: بخلاف الشهـادة على طلاق أحـد نسائه ، فإنها جائزة بالإجماع على البيـان ، وعلى إعتاق أحد عـبديه كـذلك عندهمـا ، وعـند أبي حنيفـة وهي باطلة م: (**إلا أن تـكـون**) ش: أي الشـهـادة م: (**في وصيته استحسانًا**) ش: أي استـحسنه بأن قال رجل في مرض موته أحد عبدي حر ثم يموت الرجل ويترك ورثته فينكرون ، فـالشهـادة جائزة م: (**ذكره في العـتاق**) ش: أي ذكر الاستحسان في عتاق الأصل ، وقال : لو قـال الشاهد إن كـان هذا عند الموت استحسن ، أي يعتق من كل واحد منهـما نصفه .

م: (**وإن شهـدوا أنه طلق إحدى نسائه جـازت الشهادة ويجـبر الزوج أن يطلق**) ش: أي علـى أن

إخداهن ، وهذا بالإجماع ، وقال أبو يوسف ومحمد -رحمهما الله- الشهادة في العتق مثل ذلك وأصل هذا أن الشهادة على عتق العبد لا تقبل من غير دعوى العبد عند أبي حنيفة -رحمه الله- وعندهما تقبل، والشهادة على عتق الأمة وطلاق المنكوحة مقبولة من غير دعوى بالاتفاق والمسألة معروفة ، وإذا كان دعوى العبد شرطًا عنده لم يتحقق في مسألة الكتاب، لأن الدعوى في المجهول لا يتحقق فلا تقبل الشهادة ، وعندهما ليس بشرط فتقبل الشهادة وإن انعدم الدعوى، أما في الطلاق فعدم الدعوى لا يوجب خللاً في الشهادة ، لأنها ليست شرطًا فيها ، ولو شهدا أنه أعتق إحدى أمتيه لا تقبل عند أبي حنيفة -رحمه الله- وإن لم يكن الدعوى شرطًا فيه لأنه إنما يشترط الدعوى لما أنه يتضمن تحريم الفرج فشابه الطلاق والعتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج عنده على ما ذكرناه فصار كالشهادة على عتق أحد العبدين ، وهذا كله إذا شهدا في صحته على أنه أعتق أحد عبديه، أما

بيان م: **(إحداهن ، وهذا بالإجماع . وقال أبو يوسف ومحمد -رحمهما الله - الشهادة في العتق مثل ذلك)** ش: ويؤمر بأن يوقع العتق على إحداهما م: **(وأصل هذا أن الشهادة على عتق العبد لا تقبل من غير دعوى العبد عند أبي حنيفة ، وعندهما تقبل)** ش: وبه قال الشافعي ومالك وأحمد -رحمه الله- م: **(والشهادة على عتق الأمة وطلاق المنكوحة مقبولة من غير دعوى بالاتفاق ، والمسألة معروفة ، وإذا كان دعوى العبد شرطًا عنده)** ش: أي عند أبي حنيفة م: **(لم يتحقق)** ش: أي الدعوى م: **(في مسألة الكتاب)** ش: أي في مسألة كتاب «الجامع الصغير» م: **(لأن الدعوى في المجهول لا يتحقق فلا تقبل الشهادة ، وعندهما ليس بشرط فتقبل الشهادة وإن انعدم الدعوى، أما في الطلاق فعدم الدعوى لا يوجب خللاً في الشهادة ؛ لأنها)** ش: أي لأن الدعوى م: **(ليست شرطًا فيها)** ش: أي في الطلاق .

م: **(ولو شهدا أنه أعتق إحدى أمتيه لا تقبل عند أبي حنيفة -رحمه الله- وإن لم يكن الدعوى شرطًا فيه)** ش: أي في حق الأمة الواحدة ، هذا كأنه صورة فنص على أبي حنيفة ودفعه المصنف بقوله م: **(لأنه إنما يشترط الدعوى لما أنه يتضمن تحريم الفرج فشابه الطلاق)** ش: ومعنى قوله أنه يتضمن تحريم الفرج أن العتق إذا حصل استلزم أن يكون الوطء بعده زنا ، واعترض بأن عتق العبد المعين يستلزم تحريم استرقاقه ، وذلك أيضًا حق الله ، فوجب أن يشفعه الشهادة فيه عن الدعوى . والجواب أن لازم عتقها من أعظم الكبائر ، ولازم عتقه حرمة لم ينص عليها الشرع فضلاً عن أن يكون من الكبائر فالتسوية عليهما خطأ .

م: **(والعتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج عنده)** ش: أي عند أبي حنيفة م: **(على ما ذكرناه)** ش: يعني بقوله : إن الملك قائم في الموطوءة ، ولهذا حل وطؤها م: **(فصار كالشهادة على عتق أحد العبدين)** ش: فإن الشهادة فيه باطلة عنده كما مر م: **(وهذا كله)** ش: أي هذا المذكور كله م: **(إذا شهدا)** ش: أي الشاهدان م: **(في صحته)** ش: أي في صحة الرجل م: **(على أنه أعتق أحد عبديه ، أما**

إذا شهدا أنه أعتق أحد عبديه في مرض موته أو شهدا على تدبيره في صحته أو في مرضه وأداء الشهادة في مرض موته أو بعد الوفاة تقبل استحسانًا ، لأن التدبير حيثما وقع وقع وصية ، وكذا العتق في مرض الموت وصية والخصم في الوصية إنما هو الموصي وهو معلوم وعنه خلف وهو الوصي أو الوارث ، ولأن العتق في مرض الموت يشيع بالموت فيهما ، فصار كل واحد منهما خصمًا متعينًا ولو شهدا بعد موته أنه قال في صحته أحدكما حر فقد قيل لا تقبل ، لأنه ليس بوصية ، وقد قيل تقبل للشيوع ، وهو الصحيح ، والله أعلم .

إذا شهدا أنه أعتق أحد عبديه في مرض موته أو شهدا على تدبيره) ش: أي على أنه دبر أحد عبديه م: **(في صحته أو في مرضه)** ش: فإن هذه الشهادة لا تقبل في القياس ، وتقبل في الاستحسان ، وهو معنى قوله م: **(وأداء الشهادة في مرض موته أو بعد الوفاة تقبل استحسانًا ، لأن التدبير حيثما وقع وقع وصية)** ش: يعني سواء وقع في حال الصحة أو في حال المرض .

م: **(وكذا العتق في مرض الموت وصية ، والخصم في الوصية إنما هو الموصي وهو معلوم)** ش: لأن تنفيذ الوصايا حق الميت ، فكان الميت مدعيًا تقديرًا م: **(وعنه خلف)** ش: أي وعن الموصي خلف م: **(وهو الوصي أو الوارث)** ش: فتقبل الشهادة م: **(ولأن العتق في مرض الموت)** ش: هذا دليل ثان بوجه الاستحسان م: **(يشيع بالموت فيهما)** ش: أي في العبدين م: **(فصار كل واحد منهما خصمًا متعينًا)** ش: لأنه أوجب العتق في أحدهما في حال عجزه عن البيان ، فكان إيجابًا لهما ، ولهذا يعتق نصف كل واحد منهما .

م: **(ولو شهدا بعد موته أنه قال في صحته : أحدكما حر فقد قيل لا تقبل)** ش: أي هذه الشهادة م: **(لأنه ليس بوصية ، وقد قيل تقبل للشيوع)** ش: أي لشيوع العتق فيهما ، فكان كل منهما خصمًا متعينًا ، فكانت دعواهما صحيحة وهي تقتضي قبول الشهادة ، أو إنما قال بلفظ قيل لا نص فيه عن أصحابنا ، ولكن المشايخ اختلفوا فيه . وقال فخر الإسلام البزدوي في «شرح الجامع الصغير» وإن شهدا بعد موته أنه قال في حياته وصحته : أحدكما حر فلا نصف فيه . واختلف مشايخنا في قول أبي حنيفة أن الطريق هو الوصية لم تقبل ها هنا ، وأن الطريق هو المشاع قبلت النية ها هنا ، والصحيح أن تقبل لجواز أن تكون معلولاً بعلتين ، فتعدى بأحدهما والله أعلم .

* * *

باب الحلف بالعتق

ومن قال : إذا دخلت الدار فكل مملوك لي يومئذ فهو حر، وليس له مملوك فاشترى مملوكًا ثم دخل عتق ؛ لأن قـوله يومئذ تقـديره يوم إذ دخلت إلا أنه أسقط الفعل وعـوّضه بالتنوين، فكان المعتـبر قيام الملك وقت الدخول ، وكذا لو كان في ملكه يوم حلف عـبد فبقي على ملكه حتى دخل عتق لما قلنا. قـال : ولو لم يكن قال في يمينه يومـئذ لم يعـتق ، لأن قوله كل مملوك لي للحـال والجزاء حرية المملوك في الحال ، إلا أنه لما دخل الشرط على الجزاء تأخر إلى وجود الشرط

م: (**باب الحلف بالعتق**)

ش: أي هذا باب في بيان حكم الحلف بالعتق ، والحلف بكسر اللام مصدر من حلف بالله يحلف حلفًا . والحلف أن يجعل العتق جزاء على الحلف بأن يعلق العتق بشيء ، ولما كان المعلق قاصرًا في السببية أخر التعليق عن التنجيز .

م: (**ومن قال إذا دخلت هذه الدار فكل مملوك لـي يومئذ فهـو حر ، وليس له مملوك**) ش: يعني فإن الحلف م: (**فاشترى مملوكًا ثم دخل عتق**) ش: اعترض عليه بأنه يجب أن لا يعتق عليه ما يشتري به بعد اليمين وإن قال يومئذ ؛ لأنه ما أضاف العتق إلى الملك ، ولا إلى سببه ، فكان كما لو قال لعبد الغير : إن دخلت الدار فأنت حر ، فاشتراه ثم دخل الدار فإنه لا يعتق لذلك .

وأجيب : بأنه وجد الإضافة فيما ملك دلالة ، لأن قوله كل مملوك لي يومئذ معناه إن ملكت مملوكًا وقت دخول الدار فهو حر ، بخلاف تلك المسألة لأنه لم يوجد فيها الإضافة لا صريحًا ولا دلالة .

م: (**لأن قـوله يومئـذ تقديره يوم إذ دخـلت الدار إلا أنه أسقط الفـعل**) ش: وهو قـوله دخلت م: (**وعوّضه بالتنوين ، فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول**) ش: لأن قوله يومئذ ظرف بقوله كل مملوك فيعتق كل مملوك له سواء كان مستحدثًا بعد اليمين أو لم يكن إذا وجد في ملكه حينئذ ، أعني وقت الدخول ، لأنه علق حرية المملوك المضاف إلى ذلك الوقت بالدخول بخلاف ما إذا لم يذكر قوله يومئذ ، بل قال إذا دخلت الدار فكل مملوك حر لا يعتق ما اشتراه بعد الحلف ، لأنه أرسل الملك إرسالاً ، والملك المرسل يراد به الحال ، لأن المستقل هو هو فلا يعتبر ، فصار كأنه مملوك لي في الحال ، فلو علق هذا الذكر الحال لا يعتق ما اشتراه بعد الحلف فكذا هذا .

م: (**وكذا لو كان في ملكه يـوم حلف عبد فبقي على ملكه حـتى دخل عتق لما قلنا**) ش: .أشار به إلى قوله - المعتبر قيام الملك وقت الدخول - قال م: (**ولو لم يكن قال في يمينه يومـئذ لم يعتق**) ش: أي لم يعتق ما اشتراه بعد الحلف وقد ذكرنا وجهه م: (**لأن قوله كل مملوك لي للحال**) ش: يعني يراد به الحال م: (**والجزاء حرية المملـوك في الحال ، إلا أنه لما دخل الشرط على الجزاء تأخـر إلى وجود الشرط**

فيعتق إذا بقي على ملكه إلى وقت الدخول ، ولا يتناول من اشتراه بعد اليمين . ومن قال : كل مملوك لي ذكر فهو حر وله جارية حامل فولدت ذكرًا لم يعتق وهذا إذا ولدت لستة أشهر فصاعدًا ظاهر ؛ لأن اللفظ للحال ، وفي قيام الحمل وقت اليمين احتمال لوجود أقل مدة الحمل بعده ، وكذا إذا ولدت لأقل من ستة أشهر ، لأن اللفظ يتناول المملوك المطلق والجنين مملوك تبعًا للأم لا مقصودًا ، ولأنه عضو من وجه واسم المملوك يتناول الأنفس دون الأعضاء ولهذا لا يملك بيعه منفردًا ، قال العبد الضعيف : وفائدة التقييد بوصف الذكورة أنه لو قال كل مملوك لي تدخل الحامل فيدخل الحمل تبعًا لها ، وإن قال كل مملوك أملكه فهو حر بعد غد أو قال : كل مملوك لي فهو حر بعد غد ، وله مملوك فاشترى آخر ثم جاء بعد غد عتق الذي في ملكه يوم حلف لأن قوله

فيعتق إذا بقي على ملكه إلى وقت الدخول لا يتناول من اشتراه بعد اليمين) ش: فصار كأنه قال كل مملوك لي في الحال فهو حر إذا دخلت الدار يعتق ما كان في ملكه دون ما يستملكه ، فكذا هذا .

م: (**ومن قال كل مملوك لي ذكر**) ش: يجر - ذكر - لأنه صفة المملوك م: (**فهو حر وله جارية حامل فولدت ذكرًا لم يعتق**) ش: لأن المملوك مطلق ، والمطلق ينصرف إلى الكامل والجنين ليس بكامل م: (**وهذا**) ش: أي وهذا الحكم م: (**إذا ولدت**) ش: الجارية المذكورة م: (**لستة أشهر فصاعدًا ظاهر ، لأن اللفظ للحال ، وفي قيام الحمل وقت اليمين احتمال**) ش: يعني يحتمل أن يكون الحمل وقت اليمين ، ويحتمل أن يكون م: (**لوجود أقل مدة الحمل بعده**) ش: أي بعد وقت اليمين .

م: (**وكذا إذا ولدت لأقل من ستة أشهر لأن اللفظ يتناول المملوك المطلق والجنين مملوك تبعًا للأم لا مقصودًا**) ش: ألا ترى أنه لو أعتقه عن كفارة يمينه لا يجوز م: (**ولأنه**) ش: أي لأن الجنين م: (**عضو من وجه**) ش: بدليل أنه ينتقل بانتقال أمه ويتغذى بغذائها م: (**واسم المملوك يتناول الأنفس دون الأعضاء ، ولهذا لا يملك بيعه**) ش: أي بيع الجنين حال كونه م: (**منفردًا**) ش: لكونه عضوًا من أعضائها .

م: (**قال**) ش: أي المصنف م: (**وفائدة التقييد بوصف الذكورة**) ش: يعني في كل مملوك لي ذكر فهو م: (**أنه لو قال كل مملوك لي فهو حر**) ش: بدون لفظ ذكر م: (**تدخل الحامل فيدخل الحمل تبعًا لها**) ش: أي للحامل ، والدليل على هذا ما أورده الولوالجي في فتاواه بقوله م: (**لو قال كل مملوك لي فهو حر بعد غد**) ش: وله عبد وأمهات أولاد ومدبرون ومكاتبون عتقوا جميعًا إلا المكاتبين لأنه أوجب العتق لكل مملوك مضاف إليه بالمملوكية مطلقًا ، وهذا متحقق فيما ذكرنا ، لأنه يملكهم رقبة لا يدًا مملوك أملكه حر بعد غد قوله - بعد غد - ظرف لقوله - حر - لا قوله - أملكه للحال .
م: (**ولو قال كل مملوك لي فهو حر بعد غد وله مملوك فاشترى آخر ثم جاء بعد غد**) ش: بعد هنا مرفوع لأنه فاعل جاء لأن بعد معرف وليس بمبني ، وإنما ينتصب في مواضع على الظرفية م: (**عتق الذي**) ش: أي المملوك الذي م: (**في ملكه يوم حلف ، لأن قوله أملكه للحال حقيقة**) ش: بالرفع ليكون خبر

أملكه للحال حقيقة يقال أنا أملك كذا وكذا ويراد به الحال ، وكذا يستعمل له من غير قرينة ، وللاستقبال بقرينة السين أو سوف فيكون مطلقه للحال ، فكان الجزاء حرية المملوك في الحال مضافًا إلى ما بعد الغد ، فلا يتناول ما يشتريه بعد اليمين ، ولو قال كل مملوك أملكه أو قال : كل

إن ، ويجوز النصب على التمييز م: (**يقال أنا أملك كذا وكذا ويراد به الحال ، وكذا يستعمل له**) ش: أي للحال م: (**من غير قرينة ، وفي الاستقبال بقرينة السين أو سوف**) ش: وقال صاحب «النهاية» وهذا التقدير يخالف رواية أهل النحو أنه مشترك بين الحال والاستقبال . وقال الأكمل : وظاهر تقرير المصنف يدل ما قاله صاحب «النهاية» . وقال الكاكي : قيل ما ذكروه بحسب الاستعمال لا بحسب الوضع ، والشيخ ذكره بحسب الوضع ، لأنهم وضعوا صيغًا للماضي وصيغًا للاستقبال وهي الأمر والنهي ، فوجب أن يكون أفعل للحال ، لأن الأصل أن يكون لكل معنى لفظًا ، على حدة . فوجب أن يكون للحال يقينًا للاشتراك والترادف .

وفي «المحيط» - أملك - وإن كان حقيقة للاستقبال إلا أنه صار للحال شرعًا كما في الشهادة ، وعرفا كما يقال أملك كذا درهمًا ، فكان كالحقيقة في الحال . وفي «الذخيرة» صيغة أفعل للحال حقيقة ، وهو مذهب محققي النحويين ، وبعد هذا اختلف عبارات المشايخ قيل للحال أحق ، إذ ليس للحال صيغة سوى هذا ، بخلاف الاستقبال ، كما في أشهد وأصلي ، وكما يتعين للاستقبال في قولك أتزوج وأسافر . وقال الأترازي : قال بعضهم في شرحه : تقرير صاحب «الهداية» يخالف رواية النحو ، لأنه قال - أملكه - للحال حقيقة إلى قوله - أو سوف - وأهل النحو قالوا إن المضارع مشترك بين الاستقبال والحال .

قلت : لا نسلم المخالفة ، لأن كونه للحال حقيقة ، لا يدل على أن كونه للاستقبال ليس بحقيقة ، لأن المشترك يدل على كل واحد من المعنيين سبيل الحقيقة ، لكنه سبيل البدل ويرجع أحدهما بالدليل إذا وجد ، وقد وجد هنا عند الإطلاق دليل على إرادة الحال ، لأن الحال موجود . فلا يعارضه المستقبل المعدوم الموهوم ، انتهى كلامه .

قلت : أراد بقوله قال بعضهم في شرحه صاحب «النهاية» ، وقال الأكمل : وقال بعض الشارحين وأراد به الأترازي ثم ساق كلام الأترازي إلى قوله المعدوم الموهوم ، ثم قال أقول قول المصنف وكذا يستعمل له من غير قرينه يأبى قول هذا قول الشارح ، لأن المشترك لا يستعمل في أحد المعنيين بعينه إلا بقرينة ، وليس النحويون مجتمعين على أن المضارع مشترك ، بل منهم من قال : إنه حقيقة في الاستقبال مجاز في الحال ، ومنهم من ذهب إلى عكس ذلك ، ولعله مختار المصنف ليتبادر الفهم إليه .

م: (**فيكون مطلقه**) ش: أي فيكون مطلق الملك م: (**للحال ، فكان الجزاء حرية المملوك في الحال مضافًا إلى ما بعد الغد ، فلا يتناول ما يشتريه به بعد اليمين . ولو قال كل مملوك أملكه أو قال:**) . م: (**كل**

مملوك لي فهو حر بعد موتي وله مملوك فاشترى آخر. فالذي كان عنده وقت اليمين مدبر والآخر ليس بمدبر ، وإن مات عتقًا من الثلث. وقال أبو يوسف -رحمه الله- في « النوادر »: يعتق ما كان ملكه يوم حلف ولا يعتق ما استفاد بعد يمينه ، وعلى هذا إذا قال كل مملوك لي إذا مت فهو حر ، له أن اللفظ حقيقة للحال على ما بيناه فلا يعتق به ما سيملكه ، ولهذا صار هو مدبرًا دون الآخر ، ولهما أن هذا إيجاب عتق وإيصاء حتى اعتبر من الثلث ، وفي الوصايا تعتبر الحالة المنتظرة والحالة الراهنة ، ألا يرى أنه يدخل في الوصية بالمال ما يستفيده بعد الوصية وفي الوصية لأولاد فلان من يولد له بعدها ، والإيجاب إنما يصح مضافًا إلى الملك أو إلى سببه

مملوك لي فهو حر بعد موتي وله مملوك فاشترى آخر) ش: أي مملوكًا آخر م: (**فالذي كان عنده وقت اليمين مدبر ، والآخر ليس بمدبر**) ش: أي ليس بمدبر مطلق بل هو مدبر مقيد جاز له أن يبيعه م: (**وإن مات**) ش: أي المولى م: (**عتقًا من الثلث**) ش: مشتركين فيه .

م: (**وقال أبو يوسف في «النوادر» يعتق ما كان ملكه يوم حلف**) ش: يعني بطريق التدبير م: (**ولا يعتق ما استفاد بعد يمينه**) ش: لأن اللفظ حقيقة للحال ، وهو المراد ، فلا يجوز أن يكون غيره مرادًا على أصلنا م: (**وعلى هذا**) ش: أي على هذا الحكم م: (**إذا قال: كل مملوك لي إذا مت فهو حر**) ش: يعني يكون الذي عنده يوم الحلف مدبرًا ، والذي اشتراه بعده ليس بمدبر م: (**له**) ش: أي لأبي يوسف رحمه الله م: (**أن اللفظ حقيقة للحال على ما بيناه**) ش: عند قوله فيكون مطلقًا للحال ، أي قوله بعد اليمين م: (**فلا يعتق به**) ش: أي باللفظ المذكور م: (**ما سيملكه بعد حلفه ، ولهذا**) ش: أي ولأجل ذلك م: (**صار هو**) ش: أي الذي في ملكه يوم الحلف م: (**مدبرًا دون الآخر**) ش: وهو الذي يملكه بعد اليمين .

م: (**ولهما**) ش: أي لأبي حنيفة ومحمد رحمه الله م: (**أن هذا**) ش: أي قوله كل مملوك أملكه، وقوله كل مملوك لي فهو حر بعد موتي م: (**إيجاب عتق وإيصاء**) ش: أي وصية . أما إيجاب عتق فيقول : كل مملوك أملكه أو لي فهو حر ، وأما إنه إيصاء ، فيقول بعد موتي م: (**حتى اعتبر من الثلث**) ش: في الموجود عند الحلف بالاتفاق م: (**وفي الوصايا تعتبر الحالة المنتظرة**) ش: أي المتربصة م: (**والحالة الراهنة**) ش: أي الحاضرة التي تقال الآن ، وسميت بالراهنة ، لأن الرهن هو الجنس ، والمرء محبوس فيها ، إلا فيما قبلها ، ولا فيما بعدها .

ثم أوضح ذلك بقوله : م: (**ألا يرى أنه يدخل في الوصية بالمال ما يستفيده بعد الوصية**) ش: بأن قال : ثلث مالي لفلان بعد موتي فاكتسب بعد ذلك مالاً ثم مات ، للموصى به ثلث ما كان موجودًا عند الموت م: (**وفي الوصية**) ش: أي يدخل في وصية م: (**لأولاد فلان من يولد له بعدها**) ش: أي بعد الوصية إذا عاشوا إلى وقت الموت م: (**والإيجاب إنما يصح مضافًا إلى الملك أو إلى سببه**)

ومن حيث إنه إيجـاب العتق يتناول العبد المملوك اعـتباراً للحالة الـراهنة ، فيصير مـدبراً حتى لا يجوز بيعه ، ومن حيث إنه إيصاء يتناول الذي يشتريه اعتباراً للحالة المتربصة ، وهي حالة الموت ، وقبل الموت حالة التـملك استقبـال محض فلا يدخل تحت اللفظ ، وعند الموت يصيـر كأنه قال : كل مملوك لي أو كل مملوك أملكه فهو حر ، بخلاف قوله بعد غد

ش: وهو الشراء .

قال الأترازي : لما ذكر قبل هذا بقوله لهما أن هذا إيجاب عتق ، وأيضًا أن فيه الإيجاب وجهه الإيصاء فيراعى كل واحد منهما ، ثم الإيجاب إنما يصح إذا أضيف إلى الملك أو إلى سبب الملك م: (**ومن حـيث أنه**) ش: أي قـوله : كل مملوك أملكه م: (**إيجاب العـتق يتناول العبـد المملوك اعتبارًا للحالة الراهنة فيصير مدبرًا**) ش: أي المملوك مدبرًا م: (**حتى لا يجوز بيعه ، ومن حيث أنه**) ش: أي أن قوله : كل مملوك لي فـهو حر بعد موتي م: (**إيصاء يتناول الذي يشتريه اعـتبـارًا للحالة المتربصة وهي حالة الموت**) ش: ويصير مدبرًا بعده ، ولا يصير مدبرًا قبله كالذي كان في ملكه .

وقـال الكاكي : قـوله - فـالإيـجاب - إنمـا يصح جـواب سـؤال مـقدر ، وهـو على وجـهين أحدهما أن يقال ينبغي أن لا يتناول الإيجاب المشتري أصلاً لا في الحال ، ولا في المآل لأن التناول إنما يكون مضافًا إلى الملك أو إلى سببه ، وليس أحدهما في حقه .

فأجاب عنه وقال : إنما يتناول باعتبار الإيصاء لا باعتبار الإيجاب الحالي .

والثاني : وهو أن يقال ينبغي أن يكون المشتري مـدبرًا مطلقًا حال شرائه ، لأن التدبير في كل مـدبر إنمـا يكون على وجـه الإيصـاء حـتى يعـتبـر من الثلث ، وفي الإيصـاء لا يـتـفـاوت الحـالي والمستحدث .

كما لو أوصى بثلث ماله يدخل فيه الحالي والمستحدث . فأجاب عنه : فإن إيجاب التدبير مطلقًا إنما يكون عند إضافة التدبير إلى الملك أو إلى سببه ولم يوجد في حق المستحدث ، انتهى .

م: (**وقبل الموت حـالة التملك استقبـال محض**) ش: قيل هذا إشارة إلى الجواب عن قـول أبي يوسف رحمه الله تقريره أن أبا يوسف قـال فـيمـا يروي عنه أبو طاهر الـدباس في «النوادر» : إن اللفظ حقيقة للحال فلا يعتق به ما يستملكه .

وتقرير الجواب أن قبل الموت حـالة التملك استقبـال محض م: (**فـلا يدخل تحت اللفظ، وعند الموت يصير كأنه قـال : كل مملوك لي أو كل مملوك أملكه فهو حر**) ش: لدخوله تحت الحالة المتربصة ، فيصير مـدبرًا لكون العتق في المرض وصية م: (**بخـلاف قوله بعـد غد**) ش: أي بخـلاف قـوله كل مملوك أملكه أو لي حر بعد غد م: (**على ما تقدم**) ش: عند قوله - وإن قال كل مملوك أملكه بعد غد حر . . - إلى آخره .

على ما تقدم لأنه تصرف واحد ، وهو إيجاب العتق ، وليس فيه إيصاء ، والحالة محض استقبال فافترقا ، ولا يقال : إنكم جمعتم بين الحال ، والاستقبال ، لأنا نقول نعم لكن بسببين مختلفين إيجاب عتق ووصية وإنما لا يجوز ذلك بسبب واحد .

م: **(لأنه تصرف واحد وهو إيجاب العتق وليس فيه إيصاء والحالة محض استقبال)** ش: لا يتناولها الإيجاب لعدم الإضافة إلى الملك أو إلى سببه م: **(فافترقا)** ش: أي الحكمان المذكوران .

م: **(ولا يقال : إنكم جمعتم بين الحال والاستقبال)** ش: قال الأكمل : هذا إشارة إلى جواب أبي يوسف -رحمه الله- م: **(لأنا نقول نعم)** ش: وفيه جمعنا بين الحال والاستقبال م: **(لكن بسببين مختلفين إيجاب عتق وإيجاب وصية)** ش: حالة أنه دخل ما ملكه تحت هذا الإيجاب بحكم الوصية لا بحكم الإيجاب ، وفعل ما يملكه باعتبار الإيجاب لا بحكم الوصية ، فلم يكن جميعًا بين الحال والاستقبال بسبب واحد م: **(وإنما لا يجوز ذلك)** ش: أي الجمع بين الحال والاستقبال إذا كان م: **(بسبب واحد)** ش: قال الأترازي : صاحب «الهداية» سلم السؤال كما ترى ، والأولى أن يمنع بأن يقال لا نسلم جمعنا بينهما ، لأن الحالة المتربصة ، ما أريدت باعتبار أنها استقبال ، بل باعتبار أنها حال محكية مقصودة ، فلا يرد هذا السؤال .

وقال : الأكمل ولعل أبا يوسف أراد بقوله - بسببين مختلفين - إيجاب عتق وصية للألفاظ الدالة على ذلك في طرفي الكلام لأن الحقيقة والمجاز في صفات اللفظ وفيه نظر لأنه يستلزم التنافي بين طرفي كلام واحد إن كان المراد إيجاب عتق في الحال وكونه إيصاء فقط إن كان المراد إيجاب عتق بعد الموت ، ولو قال هذا الكلام تدبير ، والتدبير حيثما وقع وقع وصية ، والوصية تعتبر فيما الحالة الراهنة والمنتظرة ، فيدخل تحته ما كان في ملكه وما يوجد عند الموت وما بينهما ، فليس بداخل تحته فلا يصير المستحدث مدبراً حتى يموت لعله يكون أشد تأنيبًا وأسلم من الإعراض ، والله تعالى أعلم .

* * *

باب العتق على جعل

ومن أعتق عبده على مال فقبل العبد عتق ؛ وذلك مثل أن تقول أنت حر على ألف درهم أو بألف درهم وإنما يعتق بقبوله لأنه معاوضة المال بغير المال ، إذ العبد لا يملك نفسه ، ومن قضية المعاوضة ثبوت الحكم بقبول العوض للحال ، كما في البيع ، فإذا قبل صار حراً وما شرط دين عليه حتى تصح الكفالة به ، بخلاف بدل الكتابة لأنه ثبت مع المنافي ، وهو قيام الرق على ما عرف ، وإطلاق لفظ المال ينتظم أنواعه من النقد والعرض والحيوان ، وإن كان بغير عينه

م: (باب العتق على جعل)

ش: أي هذا باب في بيان حكم العتق على جعل ، والجعل بضم الجيم ما جعل للإنسان من شيء على شيء يفعله ، وكذا الجعيلة والجعالة بفتح الجيم ، وبه صرح العبسي في شرح غريب الحديث ، وأثبت في الصحاح بكسر الجيم ، ولم يذكر في «تهذيب ديوان الأدب» في باب فعال بكسر الفاء ، بل ذكره في مفتوح الفاء والجعل بفتح الجيم مصدر ، وبالضم اسم يقال جعلت لك كذا جعلاء وجعلاء وهو الأجرة على الشيء قولاً أو فعلاً ، وإنما أخر هذا الباب لكون المال غير أصل في باب العتق .

م: (**ومن أعتق عبده على مال فقبل العبد عتق ، وذلك مثل أن نقول أنت حر على ألف درهم أو بألف درهم**) ش: وكذلك لو قال على ألف تؤديها أو على أن تعطيني ألفًا أو على أن تجيئني بألف قوله عتق مثل قتل م: (**وإنما يعتق بقبوله لأنه معاوضة المال بغير المال ، إذ العبد لا يملك نفسه ، ومن قضية المعاوضة ثبوت الحكم**) ش: أراد به العتق هنا م: (**بقبول العوض للحال كما في البيع**) ش: فإنه إذا قال اشتريت بعد أن يقول البائع : بعت يقع العقد م: (**فإذا قبل صار حرًا**) .

ش: فإن قلت : كلمة على الشرط فيكون العتق معلقًا بشرط أداء الألف كما لو قال إن أديت إلي ألفًا قالت إنما يكون على الشرط إذا دخلت علي يكون على خطر الوجود، لأن ذلك في الأفعال دون الأعيان، لأن بعض الصور المذكورة دخلت فيه على الأفعال .

م: (**وما شرط دين عليه**) ش: أي الذي شرط على العبد دين عليه م: (**حتى تصح الكفالة به**) ش: لأنه يسعى ، وهو حر م: (**بخلاف بدل الكتابة**) ش: من حيث لا تصح به الكفالة م: (**لأنه**) ش: أي لأن بدل الكتابة م: (**ثبت مع المنافي وهو قيام الرق**) ش: وكان ثبوته على خلاف القياس ، فالقياس يبقى أن يستوجب المولى الدين على عبده ، فلما ثبت بخلاف القياس ضرورة حصول الحرية للمكاتب ، وحصول المال للمولى اقتصر على موضع الضرورة ، ولم يعد إلى الكفالة م: (**على ما عرف**) ش: في كتاب المكاتب ، وهو أن المولى لا يستوجب على عبده دينًا .

م: (**وإطلاق لفظ المال**) ش: يعني في قوله - ومن أعتق عبده على مال - م: (**ينتظم أنواعه**) ش: أي أنواع المال م: (**من النقد والعرض والحيوان ، وإن كان بغير عينه**) ش: يعني وإن كان الحيوان

لأنه معاوضة المال بغير المال ، فشابه النكاح والطلاق والصلح عن دم العمد ، وكذا الطعام والمكيل والموزون إذا كان معلوم الجنس ولا تضره جهالة الوصف ، لأنها يسيرة .

غير معينة بأن يكون دينًا في الذمة . ولكن أراد به النوع بأن قال فرس أو حمار م: (**لأنه**) ش: أي لأن الإعتاق على مال م: (**معاوضة المال بغير المال**) ش: وهو الحرية م: (**فشابه النكاح والطلاق والصلح عن دم العمد**) ش: وجه المشابهة من حيث إن الحيوان يثبت دينًا في الذمة في هذه العقود ، فكذا هنا ، وبه قال مالك وأحمد رحمه الله . وفيه خلاف الشافعي ، فإنه اعتبره بالبيع والإجارة. وقد مر الكلام في النكاح م: (**وكذا الطعام**) ش: أي وكذا يجوز أن يكون الطعام عوضًا عن الإعتاق ، بأن قال أعتقتك على مائة قفيز من الحنطة م: (**والمكيل**) ش: بأن قال : أعتقتك على مائة كيل من الشعير ونحوه مما يكال م: (**والموزون**) ش: بأن قال : أعتقتك على مائة منٍّ من العسل ونحوه مما يوزن .

م: (**إن كان معلوم الجنس**) ش: هذا قبل الكل م: (**ولا تضره جهالة الوصف**) ش: بأن لم يذكر والرداءة والربيعية والخريفية م: (**لأنها يسيرة**) ش: فكانت عفوًا فيما كان عوضًا عما ليس بمال كالمهر ، فلم يمنع صحة التسمية ، وفي «التحفة» : ولو أعتق على عرض في الذمة بعينه ، وهوملك غيره فإنه يعتق بأن أجاز المالك المستحق عينه جاز ، وإن لم يجز يجب على العبد قيمة رقبته .

وكذلك لو أعتق على عرض بغير عينه معلوم الجنس جاز ، وإن كان موصوفًا فعليه للتسليمة وإن لم يكن موصوفًا فعليه الوسط من ذلك ، فإن جاء بالقيمة أجبر المولى على القبول كما في المهر ، ولو أعتقه على مجهول الجنس بأن قال : أنت حر على ثوب يعتق ويلزمه قيمة مثله، لأن جهالة الجنس تمنع صحة البدل كما في المهر وأدى فاستحق من يد المولى إن كان بغير عينه في العقد فعلى العبد مثله ، لأنه لم يعجز عن الذي هو موجب العقد ، وإن كان غنيًا في العقد ، وهو عرض أو حيوان فإنه يرجع على العبد بقيمة نفسه عند أبي حنيفة - رحمه الله - وأبي يوسف . وقال محمد - رحمه الله - يرجع بقيمة المستحق فعلى هذا الخلاف إذا باع نفس العبد منه بجارية ثم استحقت الجارية أو هلكت قبل التسليم فعندهما يرجع بقيمة العبد، وعنده يرجع بقيمة الجارية .

وفي «الكافي» للحاكم : فإن اختلفا في المال فالقول قول العبد ، بيانه ما قال في «الشامل» قال المولى : أعتقتك على وصيف ، وقال العبد : على كر حنطة فالقول قول العبد مع يمينه ، لأن العبد لو أنكر أصل المال كان القول قوله فكذلك وصفه والبينة للمولى ، وقال في «الشامل» أيضًا : اختلفا في قدر المال فالقول للمولى والبينة للعبد ، لأن القول في أصل العقد ، وكذلك في صفته .

قال : ولو علق عتقه بأداء المال صح وصار مأذونًا ، وذلك مثل أن يقول إن أديت إلي ألف درهم فأنت حر ،ومعنى قوله صح أنه يعتق عند الأداء من غير أن يصير مكاتبًا ، لأنه صريح في تعليق العتق بالأداء ، وإن كان فيه معنى المعاوضة في الانتهاء على ما نبين إن شاء الله تعالى . وإنما صار مأذونًا لأنه رغبه في الاكتساب بطلبه الأداء منه ؛ ومراده التجارة دون التكدي فكان إذنًا له دلالة . وإن أحضر المال أجبره الحاكم على قبضه وعتق العبد ومعنى الإجبار فيه وفي سائر الحقوق أنه ينزل قابضًا بالتخلية .

م: (**قال: ولو علق عتقه بأداء المال صح**) ش: أي قال القدروي : **ولو علق الرجل** عتق عبده بأداء المال صح العتق ، فلا يعتق قبل الأداء ، ولا يحتاج فيه إلى قبول العبد ، ولا يرتد برده وللمولى أن يبيعه قبل الأداء ، كما في التعليق بسائر الشروط م: (**وصار**) ش: أي العبد م: (**مأذونًا**) ش: يسعى في التكسب لأداء المال م: (**وذلك**) ش: أي تعليقه بأداء المال م: (**مثل أن يقول : إن أديت إلي ألف درهم فأنت حر ومعنى قوله صح**) ش: أي معنى قول القدروي م: (**أنه**) ش: أي أن العبد م: (**يعتق عند الأداء**) ش: أي أداء المال المشروط م: (**من غير أن يصير مكاتبًا**) ش: يعني لا يثبت له أحكام المكاتبين ، حتى لو مات وترك دينًا ، فما لمولاه لمولاه ، ولا يؤدي عنه، ولو مات المولى فالعبد رقيق يورث عنه ما في يده من أكسابه ، ولو كانت أمة فولدت ثم أدت لم يعتق عبدها ولو حط المال وأبرأه المولى لم يعتق ولو كان مكاتبًا لكان الحكم على عكس ما ذكره في الجميع .

م: (**لأنه**) ش: أي لأن قول المولى إن أديت إلي ألف درهم فأنت حر م: (**صريح في تعليق العتق بالأداء ، وإن كان فيه معنى المعاوضة في الانتهاء**) ش: أي عند أداء المال م: (**على ما نبين إن شاء الله تعالى**) ش: أي بعد خطوط عند قوله ولما أنه تعليق نظرًا إلى اللفظ ومعاوضة نظرًا إلى المقصود م: (**وإنما صار مأذونًا لأنه رغبه في الاكتساب بطلبه الأداء منه ومراده التجارة**) ش: يعني من الترغيب في الاكتساب لأنها هي المشروعة عند الاختيار م: (**دون التكدي**) ش: لأنه بدل مرء وينجسه . والتكدي في الأصل لفظ فارسي ومعناه السؤال من الناس والدوران فيه م: (**فكان**) ش: أي حقه على أداء المال م: (**إذنًا له دلالة**) ش: أي من حيث الدلالة ، لأن مراده التجارة، ولا يتمكن من ذلك إلا بالإذن إما صريحًا وإما دلالة .

م: (**وإن أحضر المال**) ش: أي وإن أحضر العبد المال المشروط م: (**أجبره الحاكم**) ش: أي أن المولى م: (**على قبضه وعتق العبد**) ش: لأنه قام بما شرط عليه م: (**ومعنى الإجبار فيه**) ش: أي في هذا الموضع م: (**وفي سائر الحقوق**) ش: كالثمن ، وبدل الخلع وبدل الكتابة وما أشبهها م: (**أنه**) ش: أي أن المولى م: (**ينزل قابضًا بالتخلية**) ش: وهي رفع اليد والموانع . وقال الكاكي : شرطها أن لو يمد يده أمكنه قبضه ، وهو قول الشافعي أن يكون معنى الإجبار في القبض ما هو المفهوم عند الناس ، وهو أن يكره على القبض بالتراجم بالضرب والحبس .

وقال زفر -رحمه الله : لا يجبر على القبول وهو القياس ، لأنه تصرف يمين إذ هو تعليق العتق بالشرط لفظًا ، ولهذا لا يتوقف على قبول العبد ، ولا يحتمل الفسخ، ولا جبر على مباشرة شروط الإيمان ، لأنه لا استحقاق قبل وجود الشرط ، بخلاف الكتابة؛ لأنها معاوضة والبدل فيها واجب ولنا أنه تعليق نظرًا إلى اللفظ ، ومعاوضة نظرًا إلى المقصود ؛ لأنه ما علق عتقه بالأداء إلا ليحثه على دفع المال فينال العبد شرف الحرية والمولى المال بمقابلته بمنزلة الكتابة ، ولهذا كان عوضًا في الطلاق في مثل هذا اللفظ ، حتى كان بائنًا ، فجعلناه تعليقًا في الابتداء عملاً باللفظ ودفعًا للضرر عن المولى حتى لا يمتنع عليه بيعه ولا يكون العبد أحق بمكاتبته ، ولا يسري إلى الولد

م: (**وقال زفر : لا يجبر على القبول ، وهو القياس ، لأنه تصرف يمين**) ش: وليس المراد اليمين بالله واليمين بغير الله هو الشرط والجزاء م: (**إذ هو**) ش: أي لأنه م: (**تعليق العتق بالشرط لفظًا**) ش: احترازًا عن الكتابة ، فإنها ليست بتعليق لفظي ، فإنه لو قال لعبده : كاتبتك على كذا من المال صحت الكتابة ، وليس فيه تعليق لفظي لعدم ألفاظ الشرط فيه م: (**ولهذا**) ش: أي ولأجل ذلك م: (**لا يتوقف على قبول العبد ولا يحتمل الفسخ**) ش: ويمكنه أن يبيعه قبل الأداء م: (**ولا جبر عل مباشرة شروط الإيمان**) ش: هذا متصل بقوله - لأنه تصرف يمين - م: (**لأنه لا استحقاق قبل وجود الشرط**) ش: فصار كالتعليق بدخول الدار م: (**بخلاف الكتابة**) ش: حيث يجبر فيها م: (**لأنها**) ش: أي لأن الكتابة م: (**معاوضة والبدل فيها واجب**) ش: فلذلك يجبر .

م: (**ولنا أنه**) ش: أي أن قول الرجل إن أديت إلي البقاء فأنت حر م: (**تعليق نظرًا إلى اللفظ**) ش: لأن فيه حرف الشرط م: (**ومعاوضة نظرًا إلى المقصود**) ش: أي مقصود المولى ، وهو حصول المال، ومقصود العبد وهو حصول الحرية . وأوضح ذلك بقوله م: (**لأنه**) ش: أي لأن المولى م: (**علق عتقه بالأداء**) ش: أي بأداء المال م: (**إلا ليحثه**) ش: أي ليحرضه م: (**على دفع المال فينال العبد شرف الحرية والمولى**) ش: أي ولينال المولى م: (**المال بمقابلته**) ش: أي بمقابلة العتق م: (**بمنزلة الكتابة**) ش: فإنها معاوضة في الأصل ، ومعنى الشرط تابع ، ولهذا إذا مات المولى لا تنفسخ الكتابة .

م: (**ولهذا**) ش:) ش: أي ولأجل كون المال بمقابلة العتق معاوضة نظرًا إلى المقصود م: (**كان**) ش: أي المال م: (**عوضًا في الطلاق في مثل هذا اللفظ**) ش: نحو ما إذا قال : إن أديت إلي ألفًا فأنت طالق م: (**حتى كان**) ش: أي الطلاق م: (**بائنًا**) ش: إذا طلقها بهذه الصفة لوقوعه على عوض م: (**فجعلناه**) ش: أي فجعلنا قول المولى إن أديت إلي ألفًا فأنت حر م: (**تعليقًا في الابتداء**) ش: أي في أول الأمر م: (**عملاً باللفظ**) ش: وهو كونه بحرف الشرط م: (**دفعًا للضرر عن المولى**) ش: أي لأجل دفع الضرر عن المولى .

م: (**حتى لا يمتنع عليه بيعه ولا يكون العبد أحق بمكاتبته ولا يسري إلى الولد المولود قبل الأداء**)

المولود قبل الأداء ، وجعلناه معاوضة في الانتهاء عند الأداء دفعًا للضرر عن العبد ، حتى يجبر المولى على القبول

ش: أي قبل أداء المال بأن قال لأمته : إن أديت إلي ألفًا فأنت حرة . ثم ولدت ثم أدت المال لم يعتق الولد معها م: (**وجعلناه**) ش: أي القول المذكور م: (**معاوضة في الانتهاء**) ش: أي في إنتهاء الأمر م: (**عند الأداء**) ش: أي أداء المال م: (**دفعًا للضرر عن العبد**) ش: فإنه ما تحمل المشقة في اكتساب المال إلا لينال شرف الحرية م: (**حتى يجبر المولى على القبول**) ش: أي قبول المال . ولو أجبر المولى لا يتضرر به لأخذ العوض وقد رضي بالعتق بأدائه حيث علقه .

فإن قيل : لا يمكن جعله معاوضة أصلاً ، لأن البدل والمبدل كلاهما عند الأداء ملك المولى ، لأنه قبل الأداء عبد وهو وما في يده لمولاه . أجيب بأنه لما ثبت عند الأداء معنى الكتابة ثبت شرط صحته اقتضاء ، وهو أن يصير العبد أحق بالمولى ، فيثبت بهذا سابقًا على الأداء متى وجد الأداء وصار كما إذا كانت عبده على نفسه وماله كان الكسب مالاً قبل الكتابة ، فإنه يصير أحق لذلك المال ، حتى لو أدى ذلك عتق ، ذكره صاحب النهاية ثم قال كذا في «مبسوط» شيخ الإسلام .

وقال الأكمل : وفيه نظر من وجهين ؛ أحدهما أن معنى ثبوت الكتابة هو المعارض ، فلا بد من إثباته . والثاني أن حصول شرط صحة الشيء عبارة لا يقتضي صحته فضلاً عن حصول اقتضاء ، ولعل الصواب في الجواب أن يقال لما صحت الكتابة والمعنى الذي ذكر ثَمَّ قائم فيها معاوضة ليس فيها معنى التعليق فلا يصح العتق على مال ، وفيه معنى التعليق أولى ، فيكون ملحقًا بالكتابة دلالة .

وقال الأترازي : **فإن قلت** كيف يصح جعله معاوضة والعوض والمعوض عن المولى جميعًا؟ .

قلت : هذه مغالطة ، لأن العوض هنا هو العتق ، وهو يحصل للعبد لا للمولى .

فإن قلت : ترد عليكم الأحكام منها إذا قال إن أديت إلي خمرًا ، فأنت حر ، حيث لا يجبر على القبول ، وكذا إذا قال إن أديت إلي ثوبًا فأنت حر ، ومنها إذا قال إن أديت إلي ألفًا فحججت بها فأنت حر لا يجبر على القبول . ومنها إذا باع العبد ثم اشتراه ثم جاءه بألف لا يجبر على القبول .

قلت : لا يجري في الخمر لأن المسلم ممنوع منه ، لكن إذا أداها عتق . وأما الثوب فإنه مجهول الجنس . وأما الحج فالتعليق فيه شيئان ، إما الحج أو الحال ولهذا لا يعتق بمجرد الأداء ما لم يوجد الحج ، وليس فيه معنى المعاوضة ، فلا يصح الجبر .

ولو قال : إن أديت إلي ألفًا أحج بها يجبر على القبول ويعتق العبد وجد الحج أو لا . لأن الحج وقع صورة لا شرطًا ، ويصح البيع في المسألة الأخيرة بطل معنى الكتابة ، فلا يجبر

فعلى هذا يدور الفقه وتخرج المسائل ، نظيره الهبة بشرط العوض ، ولو أدى البعض يجبر على القبول ، إلا أنه لا يعتق ما لم يؤد الكل لعدم الشرط ، كما إذا حط البعض وأدى الباقي ، ثم لو أدى ألفًا اكتسبها قبل التعليق رجع المولى عليه وعتق لاستحقاقها، ولو كان اكتسبها بعده لم يرجع المولى عليه ، لأنه مأذون من جهته بالأداء منه ، ثم الأداء في قوله إن أديت يقتصر على المجلس ، لأنه تخيير ، وفي قوله إذا أديت لا يقتصر ، لأن إذا تستعمل للوقت بمنزلة متى.

على القبول .

م: (**فعلى هذا يدور الفقه**) ش: أي على اعتبار الشبهين يدور الفقه إلى المسائل الفقهية . وقال الكاكي : أي المعنى الفقهي م: (**وتخرج المسائل**) ش: عطف على قوله يدور ، وهو صيغة المجهول منها م: (**نظيره الهبة بشرط العوض**) ش: جعلناها هبة ابتداء حتى لا يفيد الملك قبل القبض ، ولا يجري تسليمه ، ويفيد بالشيوع فيما يحتمل القسمة ولا يستحق فيها الشفقة ويردها بالعيب ، ويترتب عليها أحكام البيع بعد القبض حتى لا يتمكن البائع من الرجوع .

م: (**ولو أدى البعض يجبر على القبول**) ش: لأنه حر منه جهة ، ففي عوض عند الأداء فصار للبعض حكم الإعراض نصًا لبعض بدل الكتابة وبعض اليمين . وفي «شرح الطحاوي» ولو أتى العبد بخمسمائة فالقياس أن يجبر ، لأنه لا يعتق بقبوله هذا ، وهو قول أبي يوسف .

وفي «الاستحسان» يجبر على قبول كما في المكاتب م: (**إلا أنه لا يعتق ما لم يؤد الكل لعدم الشرط**) ش: وهو أداء الكل م: (**كما إذا حط البعض**) ش: يعني إذا حط المولى بعض الألف فيما إذا قال له إن أديت إلي ألفًا فأنت حر م: (**وأدى الباقي**) ش: أي باقي الألف لا يعتق لعدم الشرط ، لأن الشرط أداء الألف ولم يوجد كما إذا أدى الدنانير مكان الدراهم ، وقد فسر الحاكم في «الكافي» على هذا الحكم .

م: (**ثم لو أدى ألفًا اكتسبها**) ش: العبد م: (**قبل التعليق رجع المولى عليه**) ش: بألف أخرى مثلها م: (**وعتق لاستحقاقها**) ش: أي لاستحقاق المولى الألف كأنه كان يستحقها ، لأن العبد وما في يده لمولاه م: (**ولو كان اكتسبها بعده**) ش: أي ولو كان العبد اكتسب تلك الألف بعد التعليق م: (**لم يرجع عليه ، لأنه مأذون من جهته بالأداء منه**) ش: أي لأن العبد مأذون من جهة المولى بالاكتساب والأداء منه ، لكنه يأخذ الباقي ، لأن مال المأذون في التجارة للمولى ، بخلاف المكاتب ، كذا في «الشامل» وغيره .

م: (**ثم الأداء في قوله إن أديت يقتصر على المجلس ، لأنه تخيير**) ش: يعني للعبد بين الأداء والامتناع ، وهذا هو ظاهر الرواية ، وروى بشر عن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يقتصر(**وفي قوله إذا أديت**) ش: يعني إذا أديت إلي ألفًا فأنت حر م: (**لا يقتصر ، لأن إذا تستعمل للوقت بمنزلة متى**) ش: والوقت يعم فلا يقتصر على المجلس ، كما في قوله متى أديت إلي ألفًا فأنت حر لا يقتصر

ومن قال لعبده أنت حر بعد موتي على ألف درهم فالقبول بعد الموت لإضافة الإيجاب إلى ما بعد الموت ، فصار كما إذا قال : أنت حر غداً بألف درهم ، بخلاف ما إذا قال أنت مدبر على ألف درهم حيث يكون القبول إليه في الحال ، لأن إيجاب التدبير في الحال إلا أنه لا يجب المال لقيام الرق ، قالوا: لا يعتق عليه في مسألة الكتاب ، وإن قبل بعد الموت ما لم يعتقه الورثة ، لأن الميت ليس بأهل للإعتاق ، وهذا صحيح .

على المجلس .

م: (**ومن قال لعبده أنت حر بعد موتي على ألف درهم فالقبول بعد الموت**) ش: أي قبل العبد بعد موت المولى م: (**لإضافة الإيجاب إلى ما بعد الموت**) ش: فيكون نزول إيجاب المعتق بعد الموت والقبول يكون عند زوال الإيجاب م: (**فصار كما إذا قال أنت حر غداً بألف درهم**) ش: يكون القبول غداً ، لأنه وقت نزول الإيجاب ، فإذا قبل بعد الموت هل يعتق أم لا .

قال في «شرح الطحاوي» لم يعتق بالقبول حتى يعتقه الورثة والوصي ، لأن الأصل أن كل عتق فأخر وقوعه بعد الموت ولو ساعة لا يعتق إلا بالإعتاق ، ألا ترى أنه لو قال لعبده وأنت حر بعد موتي بشهر لا يعتق حتى يعتقه الورثة بعد شهر .

م: (**بخلاف ما إذا قال أنت مدبر على ألف درهم حيث يكون القبول إليه في الحال ، لأن إيجاب التدبير في الحال إلا أنه لا يجب المال لقيام الرق**) ش: لأن المولى لا يستوجب على عبده ديناً صحيحاً ، هذا قول أبي يوسف على ما ذكره صاحب الأجناس عن نوادر بشر بن الوليد إذا قال أنت مدبر على ألف درهم ، قال أبو حنيفة ليس القبول الساعة ، وله أن يبيعه فإذا مات المولى وهو في ملكه وقال قبلت إذاً ألف عتق . وقال أبو يوسف : إن لم يقبل حين قال له ذلك فليس له أن يقبل بعد ذلك ، وإن قبل كان مدبراً ، وعليه الألف إذا مات السيد .

م: (**قالوا**) ش: أي قال المتأخرون من مشايخنا م: (**لا يعتق في مسألة الكتاب**) ش: أي في مسألة «الجامع الصغير» ، وهي قوله : أنت حر بعد موتي على ألف درهم م: (**وإن قبل بعد الموت ما لم يعتقه الورثة**) ش: قال التمرتاشي : أو الوصي ، فإن امتنعوا فالقاضي م: (**لأن الميت ليس من أهل الإعتاق ، وهذا صحيح**) ش: أي قول المشايخ صحيح أنه لا يعتق ما لم يعتقه الورثة ، بناء على أنه إيجاب ضمان إلى ما بعد الموت ، وأهلية الوجوب شرط الإيجاب ، وقد عدمت بالموت ، بخلاف التدبير ، فإنه إيجاب في الحال ، والأهلية ثابتة ، والموت شرط والأهلية ليست بثابتة بشرط عنه كما لو قال : إن خلت الدار فأنت حر فوجد الشرط وهو مجنون .

وقال الأترازي : ولنا فيه نظر قدمناه ، وهو قوله فيما تقدم . فإن قبل بعد الموت ينبغي أن يعتق لكلام صدرمن الأهل مضافًا إلى المحل وإن كان الميت ليس بأهل الإعتاق . ألا ترى أن الإيجاب نزل معتبراً بعد الموت حكمًا لكلام صدر من الأهل وإن كان في ذلك الوقت ليس بأهل

قال : ومن أعتق عبده على خدمته أربع سنين فقبل العبد عتق ثم مات من ساعته فعليه قيمة نفسه في ماله عند أبي حنيفة -رحمه الله- وأبي يوسف -رحمه الله- وقال محمد -رحمه الله : عليه قيمة خدمته أربع سنين ، أما العتق فلأنه جعل الخدمة في مدة معلومة عوضًا فيتعلق العتق بالقبول

للإيجاب ، ولهذا يترتب القبول عليه ، وأيضًا إن القول لا يعتبر حال الحياة . وإذا لم يعتق بالقبول بعد الوفاة إلا باعتاق واحد منهم ، أي من الورثة أو الوصي لا يكون معتبراً بعد الوفاة أيضًا ، فلا يبقى فائدة ، أو لقوله بالقبول بعد الموت .

م: (**قال : ومن أعتق عبده**) ش: أي قال محمد في «الجامع الصغير» : ومن أعتق عبده م: (**على خدمته أربع سنين فقبل العبد عتق ثم مات**) ش: أي المولى أو العبد كما بين في آخر المسألة م: (**من ساعته**) ش: أي ساعة البدل م: (**فعليه قيمة نفسه في ماله عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله : عليه قيمة خدمته أربع سنين**) ش: هذا الذي ذكره قول أبي حنيفة الآخر ، وقوله الأول كقول محمد ، كذا ذكره الفقيه أبو الليث في «شرح الجامع الصغير» . وقول زفر والشافعي كقول محمد ، وخدمة البيت المعروف بين الناس ، كذا ذكره الحاكم الشهيد في« الكافي» .

وشرح المسألة ما قال في «شرح الطحاوي» : لو قال لعبده أنت حر على أن تخدمني أربع سنين ، فإن مات المولى قبل الخدمة بطلت الخدمة ، لأن شرط الخدمة للمولى ، وقد مات المولى ، فعند أبي حنيفة وأبي يوسف عليه قيمة نفسه ، وعند محمد وعليه قيمة نفسه ، وعند محمد وعليه قيمة خدمة أربع سنين . ولو كان خدم سنة ثم مات فعلى قولهما عليه ثلاثة أرباع قيمة نفسه ، وعلى قول محمد عليه خدمة ثلاث سنين ، وكذا لو مات العبد وترك مالاً يقضي من مال بقيمة نفسه عندهما . وعند محمد رحمه الله يقضي بقيمة الخدمة .

وقال في «الشامل» : فإن مات المولى فلورثته قيمة نفسه إلا قدر قيمة ما خدم عندهما ، وعند محمد -رحمه الله- قيمة ما بقي ، وكذلك إن مات العبد أخذ من تركته ، أما العتق للتفصيل . لأنه ذكر أولاً سنين العتق ووجوب القيمة ، لكن هي قيمة النفس عندهما . وعند محمد قيمة الخدمة . فقال بعد ذلك م: (**أما العتق فلأنه جعل الخدمة في مدة معلومة عوضًا من العتق ، فيتعلق العتق بالقبول**) ش: أي بقبوله في المجلس قبل التسليم كما في البيع الخدمة ، لأن المولى جعل الإعتاق على الخدمة ، فكان معاوضة وقضية المعاوضة ثبوت الحكم بمجرد القبول قبل التسليم كما في البيع . وقال الأترازي بعد قوله - أما العتق - للتفصيل كما ذكرنا ، لكن بقي المصنف أن يقول وأما وجوب قيمة النفس عندهما فلأجل هذا ، وأما وجوب قيمة الخدمة عند محمد - رحمه الله- فلأجل كذا ، فلم يعرفه ما هو حق الكلام، انتهى .

قلت : الذي نفى عليه من الكلام علم مما ذكره في أثناء الكلام ، فاقتصر على ذكره .

وقد وجد ولزمه خدمة أربع سنين لأنه يصلح عوضًا ، فصار كما إذا أعتقه على ألف درهم ثم مات العبد فالخلافية فيه بناء على خلافية أخرى ، وهي أن من باع نفس العبد منه بجارية بعينها ، ثم استحقت الجارية أو هلكت يرجع المولى على العبد بقيمة نفسه عندهما ، وبقيمة الجارية عنده ، وهي معروفة ووجه البناء أنه كما يتعذر تسليم الجارية بالهلاك والاستحقاق يتعذر الوصول إلى الخدمة بموت العبد ، وكذا بموت المولى فصار نظيرها ، ومن قال لآخر أعتق أمتك على ألف درهم علي على أن تزوجنيها ففعل فأبت أن تتزوجه فالعتق جائز ، ولا شيء على الآمر؛ لأن من قال لغيره : أعتق عبدك على ألف درهم علي ففعل لا يلزمه شيء ، ويقع العتق عن المأمور ، بخلاف ما إذا قال لغيره طلق امرأتك على ألف درهم علي

م: (**وقد وجد**) ش: أي القبول م: (**ولزمه خدمة**) ش: أي ولزم العبد خدمة المولى م: (**أربع سنين لأنه يصلح عوضًا**) ش: أي لأن الخدمة على تأويل المذكور إنما يصح عوضًا ، لأن المنفعة أحلت حكم المالية بالعقد ، ولهذا صلح مهرًا م: (**فصار**) ش: أي الإعتاق على الخدمة إذا مات العبد بعد القبول م: (**كما إذا أعتقه على ألف درهم ثم مات العبد**) ش: بعد القبول ، لأن الخدمة تصلح عوضًا عن الإعتاق كالألف فعتق في الصورتين بالقبول ، ثم إذا مات العبد م: (**فالخلافية فيه**) ش: أي في المسألة الخلافية في الإعتاق على الخدمة في المدة المعلومة م: (**بناء على خلافية أخرى وهي**) ش: أي صورة المسألة الأخرى م: (**أن من باع نفس العبد منه بجارية بعينها**) ش: فقبل العبد م: (**وعتق ثم استحقت الجارية أو هلكت**) ش: قبل التسليم م: (**يرجع المولى على العبد بقيمة نفسه عندهما**) ش: أي عند أبي حنيفة وأبي يوسف م: (**وبقيمة الجارية**) ش: أي ويرجع بقيمةالجارية م: (**عنده**) ش: أي عند محمد رحمه الله م: (**وهي**) ش: أي مسألة بيع العبد منه بجارية إذا استحقت م: (**معروفة**) ش: في طريقتها الخلاف وهناك موضع وبيانها واحد عيانًا .

م: (**ووجه البناء**) ش: أي بناء تلك الخلافية على هذه الخلافية م: (**أنه**) ش: أي أن البيان م: (**كما يتعذر تسليم الجارية بالهلاك ، والاستحقاق يتعذر الوصول إلى الخدمة بموت العبد ، وكذا بموت المولى فصار نظيرها**) ش: أي صار الإعتاق على الخدمة إذا مات العبد أو المولى نظير الخلافية الأخرى في أن الواجب عند محمد قيمة الخدمة ، وعندهما الواجب قيمة العبد .

م: (**ومن قال لآخر: أعتق أمتك على ألف درهم علي على أن تزوجنيها**) ش: وفي بعض نسخ «الجامع الصغير» : ذكر لفظ علي قبل قوله على أن تزوجنيها ، وفي البعض لم يذكر لفظ علي إذ الوجوب مستفاد على الحالين ، لكن ذكر على أول علي المراد م: (**ففعل**) ش: أي للأمور فعل ما قال الرجل م: (**فأبت**) ش: أي الأمة م: (**أن تتزوجه**) ش: أي أن تتزوج الآمر م: (**فالعتق جائز ولا شيء على الآمر ، لأن من قال لغيره : أعتق عبدك على ألف درهم علي ففعل لا يلزمه شيء ، ويقع العتق عن المأمور ، بخلاف ما إذا قال لغيره طلق امرأتك على ألف درهم علي ففعل** ، حيث يجب الألف على

فـفعل حـيث يجب الألف على الآمر؛ لأن اشـتراط البـدل على الأجنبي في الطلاق جـائز ، وفي العتاق لا يجوز ، وقد قررناه من قبل. ولو قـال : أعتق أمتك عني على ألف درهم والمسألة بحالها قسمت الألف على قيمتها ومهر مثلها، فما أصاب القيمة أداه الآمر وما أصاب مهر المثل بطل عنه لأنه لما قال عني تضمن الشـراء اقتضاء على ما عـرف ، وإذا كان كذلك فقد قـابل الألف بالرقبة شراء ، وبالبـضع نكاحًا فانقسم عليـها ، ووجبت حصـة ما سلم له وهو الرقبـة ، وبطل عنه ما لم يسلم وهو البضع ، فلو زوجت نفسها منه لم يذكره . وجوابه أن ما أصاب قيمتها سقط في الوجه الأول ، وهي للمولى في الوجه الثاني ، وما أصاب مهر مثلها كان مهراً لها في الوجهين

الآمر ، لأن اشتراط البدل) ش: في الخلع على المرأة مشروع من غير أن يسلم لهـا شيء ، لأن الخلع إسقاط محض ، فلما جاز على المرأة من سلامة شيء لها جاز م: **(على الأجنبي في الطلاق جـائز ، وفي العتاق لا يجوز)** ش: كذلك ، بخلاف الإعتاق ، فإن فيه معنى الإثبات ، وإن كان هو إزالة الملك لأن يحصل العبد قوة حكمية لم تكن ثابتة قبل الإعتاق ، فكان في معنى المعاوضة .

واشتراط العوض لا يجوز على غير من سلم له المعوض ، فلا يجب على الأجنبي بناء لأنه لم يسلم له شيء بهذا الضمان . وذكر شمس الأئمة : بأن المرأة لا تجبر على تزويج نفسها منه بعد العتاق لأنها صارت مالكة أمر نفسها بمنزلة من أعتق أمته على أن تزوج نفسها منه فقبلت ثم أبت بعد الإعتاق لا تجبر على ذلك .

م: **(وقد قررناه من قبل)** ش: أي في باب الخلع في مثاله خلع الأب ابنته الصغيرة على وجه الاستشارة في بدل العتق على الأجنبي صحيح ، فعلى الأب أولى .

م: **(ولو قال اعـتق أمتك عني على ألف درهم . فالمسألة بحـالها)** ش: أي قـال على أن تزوجنيهـا ففعل فأبت أن تزوجه م: **(قسمت الألف على قـيمتها ومهر مـثلها ، فما أصاب القيـمة أداه الآمر ، وما أصاب مـهر المثل بطل عنه)** ش: أي عن الآمـر م: **(لأنه لما قال عني تضـمن الشراء اقتـضاء)** ش: كأنه قال : بع أمتك مني ثم أعتقها م: **(على مـا عرف)** ش: أي في أصـول الفقه م: **(وإذا كان كذلـك فقد قابل الألف بالرقبة شراء)** ش: أي من حيث الشراء م: **(وبالبضع)** ش: أي وقابله بالبضع م: **(نكاحًا)** ش: أي من حيث النكاح م: **(فانقسم عليها)** ش: أي على الرقبة والبضع .

م: **(ووجبت حصة مـا سلم له وهو الرقبة)** ش: لأنهـا سلمت له حيث وقع العتق منه م: **(وبطل عنه ما لم يسلم ، وهو البضع)** ش:حيث لم تتزوجه م:**(فلو زوجت نفسها منه لم يذكره)** ش: يعني في « الجامع الصغير» م: **(وجوابه أن مـا أصاب قيمـتها سـقط في الوجه الأول)** ش: وهو مـا إذا لم يقل عني ، وكذا سقط في الوجه الأول القيمة ، لعدم وجوب الضمان م: **(وهي للمولى في الوجه الثاني)** ش: أي حصة القيمة للمولى في الوجه الثاني ، وهو ما إذا قال عني م: **(ومـا أصـاب مـهـر مثـلها كـان مـهراً لـهـا في الـوجـهـين)** ش: أي فيما إذا قال عني أو لم يقل .

....

وقال التمرتاشي : فإن تزوجت فلها مهر مثلها ، ولا يكون قيمتها مهراً لأنه ليس بمال . وعن أبي يوسف أنه جعل العتق مهراً ، إلا أنه عليه السلام أعتق صفية ونكحها ، وجعل عتقها مهرها ، قلنا : إنه ﷺ مخصوص بالنكاح بغير مهر ، فإن أبت فعليه قيمتها ، لأن الشرط فات ، وكذا لو أعتقت عبداً أن تزوجها ، فإن فعل فلها مهرها ، وإن أبى فعليه قيمته .

* * *

باب التدبير

وإذا قال المولى لمملوكه : إذا مت فأنت حر أو أنت حر عن دبر مني أو أنت مدبر أو قد دبرتك فقد صار مدبراً ، لأن هذه الألفاظ صريح في التدبير ، فإنه إثبات العتق عن دبر ، ثم لا يجوز بيعه ولا هبته ولا إخراجه عن ملكه إلا إلى الحرية كما في الكتابة ، وقال الشافعي رحمه الله : يجوز لأنه

م: (باب في حكم التدبير)

ش: أي هذا باب في بيان حكم التدبير ، ولما فرغ من الإعتاق المطلق عن قيد شرع في الإعتاق المقيد ، وهو التدبير أو المركب بمنزلة المقيد ، والمفرد بمنزلة المطلق ، والمركب بعد المفرد لا محالة .

وقال الأترازي : لما فرغ من العتق الواقع في حالة الحياة شرع في العتق الواقع بعد الموت ، لأن الموت يتلو الحياة ، والتدبير في اللغة : هو النظر في عاقبة الأمر ، وكأن المولى لما نظر في عاقبة أمره وأمر عاقبته أخرج عبده إلى الحرية بعده . وفي الشرع هو العتق الواقع عن دبر من الإنسان .

م: (**وإذا قال المولى لمملوكه : إذا مت فأنت حر ، أو أنت حر عن دبر مني ، أو أنت مدبر أو قد دبرتك فقد صار مدبراً ، لأن هذه الألفاظ صريح في التدبير فإنه إثبات العتق عن دبر**) ش: في «الإيضاح» « والتحفة» «والينابيع» ألفاظه ثلاثة أنواع :

أحدها : الصريح كقولك : دبرتك وأنت مدبر ، وأنت حر عن دبر مني وكذلك حررتك لو أعتقتك أو أنت محرر أو عتيق أو معتق بعد موتي ، يصير مدبراً .

والثاني : بلفظ اليمين مثل قوله : إن مت أو إن حدث لي حادث ، والمراد بالحادث الموت عادة فأنت حر ، وكذا إذا قال مع موتي أو في موتي ، وروى هشام عن محمد رحمه الله في قوله أنت مدبر بعد موتي يصير مدبراً للحال ، وكذا لو قال: أعتقتك بعد موتي أو حررتك .

والثالث : بلفظ الوصية بأن قال : وصيت لك برقبتك أو بنفسك فالكل سواء ، وكذا لو قال: أوصيت بثلث مالي فتدخل رقبته فيه ، لأن رقبته من جملة ماله فكان يوصي له بثلث رقبته .

م: (**ثم لا يجوز بيعه**) ش: أي بيع المدبر ولا هبته ، ولا إخراجه عن ملكه إلا إلى الحرية كما في الكتابة ، حيث لا يجوز بيع المكاتب م: (**ولا هبته ولا إخراجه من ملكه إلا بالحرية كما في الكتابة**) ش: وبقولنا قال عامة العلماء والسلف من الحجازيين والشاميين والكوفيين ، وهو مروي عن عمر وعثمان وابن مسعود وزيد بن ثابت -رضي الله عنهم- ، وبه قال شريح وقتادة والثوري والأوزاعي ، وهو مذهب مالك في « الموطأ » .

م: (**وقال الشافعي : يجوز**) ش: لأن يبيعه ، وبه قال أحمد رحمه الله وداود ، وكذا هبته وصدقته وغيرها ولا يباع في الدين عند الجمهور ، وعند مالك يباع في الدين حال حياة سيده

تعليق العتق بالشرط فلا يمتنع به البيع والهبة ، كما في سائر التعليقات ، وكما في المدبر المقيد ولأن التدبير وصية وهي غير مانعة من ذلك . ولنا قوله عليه السلام: « المدبر لا يباع ولا يوهب ولا يورث» وهو حر من الثلث

وبعد موته م: (**لأنه**) ش: أي لأن التدبير م: (**تعليق العتق بالشرط ، فلا يمتنع به البيع والهبة كما في سائر التعليقات**) ش: قبل وجود الشرط ، فكذا في هذا التعليق م: (**وكما في المدبر المقيد**) ش: فإنه يجوز بالاتفاق م: (**ولأن التدبير وصية**) ش: يعتق بدليل أنه يعتبر من الثلث م: (**وهي غير مانعة من ذلك**) ش: إذ الوصية غير مانعة من البيع والهبة وغيرهما ، لأن الوصايا ليست بلازمة ولهذا يجوز الرجوع عنها صريحة ودلالة ، فكذا هذه الوصية .

م: (**ولنا قوله عليه السلام**) ش: أي قول النبي ﷺ م: (**المدبر لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو حر من الثلث**) ش:[1] هذا الحديث أخرجه الدارقطني بنص : «**لا يورث** »من رواية عبيدة بن حسان عن أيوب عن نافع عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهم قال : قال رسول الله ﷺ «**المدبر لا يباع ولا يوهب وهو حر من ثلث المال** » .

قال الدارقطني : لم يسنده غير عبيدة بن حسان وهو ضعيف ، وإنما هو عن ابن عمر من قوله وقال الأترازي : ولنا ما ذكر محمد في الأصل حديث أبي جعفر أن رسول الله ﷺ « **باع خدمة المدبر ولم يبع رقبته**»[2] يعني أجر المدبر .

وروى أصحابنا في« المبسوط» وغيره عن ابن عمر « **المدبر لا يباع ولا يوهب وهو حر من ثلث المال** » . وقال الأترازي أيضًا : وجه قول الشافعي ما روى جابر في صحيح البخاري « **أعتق رجل منا عبد الله عن دبر فدعى النبي ﷺ به فباعه ، قال جابر مات الغلام عام أو قال في السنين اشتراه نعيم بن عبد الله بن النجاد بثمانمائة درهم** » . وفي بعض الروايات بسبع أو تسعمائة .

وقال في «جامع الترمذي » : كان عبدًا قبطيًا مات في إمارة ابن الزبير فلو لم يجز بيع المدبر لما باعه رسول الله ﷺ ثم قال الأترازي : وما رواه الشافعي يحمل على المدبر المقيد أو على ابتداء

---

(١) أخرجه الدارقطني (٤/ ١٣٨) من طريق عبيدة بن حسان عن أيوب عن نافع عن ابن عمر ، مرفوعاً . ثم قال : لم يسنده غير عبيدة بن حسان وهو ضعيف وإنما هو عن ابن عمر موقوف من قوله . قلت : أورد الرواية الموقوفة من طريق حماد بن زيد عن أيوب عن نافع عن ابن عمر أنه كره بيع المدبر ولا شك أن القول قول حماد .

(٢) أخرجه الدراقطني (٦/ ١٣٧) من طريق عبد الغفار بن القاسم عن أبي جعفر عن جابر . ثم قال : عبد الغفار ضعيف ، ورواه غيره عن أبي جعفر مرسلاً . قلت : أخرجه هو من طريق عبد الملك بن أبي سليمان عن أبي جعفر مرسلاً . وأخرجه كذلك من طريق شريك عن جابر عن أبي جعفر ، ثم قال : وأبو جعفر وإن كان من الثقات فإنه حديث مرسل . وأخرجه من طريق محمد بن طريف بن فضيل عن عبد الملك بن أبي سليمان عن عطاء عن جابر مرفوعاً . ثم قال : هذا خطأ من ابن طريف والصواب عن عبد الملك عن أبي جعفر مرسلاً .

ولأنه سبب الحرية ، لأن الحرية تثبت بعد الموت ، ولا سبب غيره ثم جعله سببًا في الحال أولى لوجوده في الحال وعدمه بعد الموت ولأن ما بعد الموت حال بطلان أهلية التصرف، فلا يمكن تأخير السببية إلى زمان بطلان الأهلية ، بخلاف سائر التعليقات

الإسلام حين كان يباع الحر أو على بيع الخدمة لا الرقبة توفيقًا بين حديثنا وحديثه ، وكان من قبل الشافعي قد أجمعوا على عدم جواز بيعه مع أبي حنيفة وسفيان ومالك والأوزاعي ثم لما نشأ الشافعي بعدهم جوزه فصار هذا منه خرقًا للإجماع فلا يجوز ، انتهى كلامه .

قلت : في كلامه نظر في موضعين .

الأول : قوله توفيقًا بين حديثنا وحديثه ، وكيف يوفق بينهما وحديثه صحيح وحديثنا لم يبلغ إلى الصحة .

والثاني : إن قوله فصار هذا منه خرقًا للإجماع غير مسلم ، لأن الشافعي لم ينفرد، وهو مذهب جابر وعطاء ، ووافقه أحمد وإسحاق وداود .

م: **(ولأنه)** ش: أي ولأن التدبير م: **(سبب الحرية ، لأن الحرية تثبت بعد الموت)** ش: بالإجماع م: **(ولا سبب غيره ، ثم جعله سببًا في الحال أولى لوجوده في الحال وعدمه بعد الموت)** ش: لكون كلامه عرضًا لا يبقى ، فتعين أن يكون سببًا في الحال ، ولا يقال إنه موجود حكمًا بعد موته ، وإن كان معدومًا كما جعل كالموجود في بعض الأحكام ، لأنا نقول الشيء إنما يصير موجودًا حكمًا إذا أمكن وجوده حقيقة ، ولا إمكان لوجوده حقيقة بعد الموت لاستحالة وجود الفعل من الميت .

وقال الأترازي : وما قاله صاحب «الهداية» قبل باب عتق أحد العبدين بقوله - وفي المدبر ينعقد السبب بعد الموت - فذاك منه تناقض لا محالة . وقال الأكمل : يحمل ما ذكر هنا على غير الأولى ، فيندفع التناقض ، أو يكون قد اطلع على رواية عن أصحابنا أنه يجوز ، وأن يكون سببًا بعد الموت ، أو اختيار جوازه بالاجتهاد .

م: **(ولأن ما بعد الموت حال بطلان أهلية التصرف ، فلا يمكن تأخير السببية إلى زمان بطلان الأهلية)** ش: فلا يتصور انعقاد السبب من غير الأهل م: **(بخلاف سائر التعليقات)** ش: هذا جواب عما يقال في التدبير تعليق شيء من السبب ثابتًا في الحال وإنما يكون عند الشرط فما بال التدبير يخالف سائر التعليقات فأجاب بقوله : بخلاف سائر التعليقات قال الكاكي هو متعلق بقوله حال بطلان أهلية التصرف ، وأهلية التصرف باقية في سائر التعليقات عند وجود الشرط . أما ها هنا لا تبقى أهلية التصرف بعد موته ، فلو لم يجعل سببًا في الحال بقي كلامه من كل وجه .

فإن قيل: وجود أهلية المعلق حال وجود الشرط ليس بشرط ، لما مر أنه لو علق الطلاق أو العتاق ثم جن ثم وجد الشرط وهو مجنون يقعان ، فكان التدبير بمنزلة سائر التعليقات .

لأن المانع من السببية قائم قبل الشرط لأنه يمين واليمين مانع والمنع هو المقصود ، وإنه يضاد وقوع الطلاق والعتاق وأمكن تأخير السببية فيه إلى زمان الشرط لقيام الأهلية عنده فافترقا ، ولأنه وصيةوالوصية خلافة في الحال كالوراثة وإبطال السبب لا يجوز وفي البيع وما يضاهيه ذلك. قال : وللمولى أن يستخدمه ويؤاجره وإن كانت له أمة يحل وطؤها وله أن يزوجها ، لأن الملك فيها ثابت له وبه يستفاد ولاية هذه التصرفات

قلنا : الأهلية فيما نحن فيه تبطل من كل وجه . وفي المجنون من وجه ، فإنه أهل للملك وزواله قد يكون أهلاً لإيقاع الطلاق والعتاق ، ألا ترى أن الولي لو زوجه امرأة يصح النكاح ، ولو باشر هو بنفسه أسباب حرمة المصاهرة ، ولو ارتد ولحق بدار الحرب يثبت الحرمة بينه وبين منكوحته ، وفي الموت تبطل الأهلية من كل وجه ، ألا ترى أن نفس التعليق يبطل بالموت ولا يبطل بالجنون ، فعلى هذا لا يلزم من عدم اشتراط مثل هذه الأهلية م: (**لأن المانع من السببية**) ش: وثم يعني موجود م: (**قبل الشرط**) ش: لأنه انعقد تصرفًا آخر في الحال م: (**لأنه يمين**) ش: يعني لأنه لا يصير يمينًا م: (**واليمين مانع**) ش: من مباشرة الشروط والمانع من الشرط مانع من الحكم ، والمانع من الحكم لا يكون سببًا للحكم م: (**والمنع هو المقصود**) ش: أي المنع عن تحقيق الشرط هو المقصود م: (**وإنه**) ش: أي وإن المنع م: (**يضاد وقوع الطلاق والعتاق**) ش: أي المانع لوقوعهما يضاد وقوعها ، فيكون التعليق سببًا في الحال م: (**وأمكن تأخير السببية فيه إلى زمان الشرط**) ش: أي إلى زمان وقوع الشرط م: (**لقيام الأهلية عنده فافترقا**) ش: أي فافترق التدبير المطلق وسائر التعليقات .

م: (**ولأنه**) ش: أي ولأن التدبير م: (**وصية**) ش: هذا فرق آخر بين التدبير وسائر التعليقات م: (**والوصيةخلافة في الحال**) ش: لأن الموصي يجعل الموصى له خلافًا بعض ماله بعد الموت كالورثة ، وإنها ليست بخلافة في الحال . واعترض أن لو كان وصية ليبطل إذا قتل المدبر سيده ، لأن الوصية للقاتل لا يجوز وجاز البيع ، لأن الوصي يجوز له بيع الموصى به ، ويكون رجوعًا عن الوصية ، وليس الأمر كذلك ، والجواب عنها جميعًا أن ذلك في وصيته ولم يكن على وجه التعليق ، لأن الوصية المطلقة والتدبير ليس كذلك . ووجه انتقاض ذلك أن بطلان الوصية بالنقل . وجواز البيع وكونه رجوعًا إنما يصح في موصى به يقبل الفسخ والبطلان والتدبير ، لكونه إعتاقًا لا يقبل ذلك .

م: (**وإبطال السبب**) ش: تتمة الدليل متصل بقوله لأنه بسبب الحرية م: (**وفي البيع وما يضاهيه**) ش: أي وما يشابهه مثل الهبة والصدقة م: (**ذلك**) ش: إشارة إلى إبطال التدبير فلا يجوز.

م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**وللمولى أن يستخدمه ويؤاجره**) ش: لأن التدبير المطلق لا يرسل الملك في الحال م: (**وإن كانت له أمة يحل وطؤها وله أن يزوجها لأن الملك فيها ثابت له**) ش: أي للمولى م: (**وبه**) ش: أي وعتق المدبر من ثلث ماله م: (**يستفاد ولاية هذه التصرفات**) ش: إشارة

فإذا مات المولى عتق المدبر من ثلث ماله لما روينا ، ولأن التدبير وصية ، لأنه تبرع مضاف إلى وقت الموت والحكم غير ثابت في الحال فينفذ من الثلث حتى لو لم يكن له مال غيره يسعى في ثلثيه ، وإن كان على المولى دين يسعى في كل قيمته لتقدم الدين على الوصية ، ولا يمكن نقض العتق ، فيجب رد قيمته ، وولد المدبرة مدبر، وعلى ذلك نقل إجماع الصحابة رضي الله عنهم أجمعين ، وإن علق التدبير بموته على صفة مثل أن يقول : إن مت من مرضي هذا أو سفري هذا أو من مرض كذا فليس بمدبر،ويجوز بيعه ، لأن السبب لم ينعقد في الحال لتردده في تلك الصفة بخلاف المدبر المطلق ، لأنه تعلق عتقه بمطلق

إلى الاستخدام والإجارة ، والوطء والتزويج م: (**فإذا مات المولى عتق المدبر من ثلث ماله**) ش: وقال ابن مسعود ومسروق ومجاهد وسعيد بن جبير : يعتق من رأس المال ، وبه قال زفر والليث ابن سعد م: (**لما روينا**) ش: إشارة إلى حديث ابن عمر رضي الله تعالى عنهما م: (**لأن التدبير وصية لأنه تبرع يضاف إلى وقت الموت والحكم**) ش: وهو العتق م: (**غير ثابت في الحال فينفذ من الثلث حتى لو لم يكن له مال غيره**) ش: أي غير المدبر م: (**يسعى في ثلثيه وإن كان على المولى دين يسعى في كل قيمته لتقدم الدين على الوصية ولا يمكن نقض العتق**) ش: يعني فسخه، م: (**فيجب رد قيمته**) ش: التي سميت له .

م: (**وولد المدبرة مدبر**) ش: هذا لفظ القدروي في مختصره وعامة النسخ ها هنا بالتأنيث في المضاف إليه وهو الصواب ، وفي بعض النسخ بالتذكير قال الأترازي : وليس بصحيح، لأن ولد العبد المدبر لا يخلو إما أن يكون من أمة أو حرة ، فإن كان من أمة يكون رقيقًا لمولاه ، ولا يكون مدبراً كابنه ، وإن كان من حرة يكون حراً بخلاف ما إذا كان ولد من أمة مدبرة ، فإنه يكون مدبراً اتباعًا لأمه ، لأن الأوصاف القارة في الأمهات تسري إلى الأولاد .

ولهذا شرح في «الشامل» بالتأنيث ، وقال : وولد المدبرة بمنزلتها لما روي عن عثمان وزيد ابن ثابت وابن عمر رضي الله تعالى عنهم أن ولد المدبرة مدبر وكذلك في «فتاوى الولوالجي» ، حيث قال : وولد المدبرة بمنزلتها كولد الحرة ، وهذا مذهبنا ، وقال الشافعي : لا يدخل الولد في تدبيرها .

م: (**وعلى ذلك**) ش: أي كون ولد المدبرة مدبراً م: (**نقل إجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم**) ش: لأنه روي أن خوصم أبا عثمان رضي الله تعالى عنه في أولاد مدبرة فقضى أن ما ولدته قبل التدبير عبد ، وما ولدته بعد التدبير مدبر ، وقال ذلك بمحضر من الصحابة من غير خلاف .

م: (**وإن علق التدبير بموته على صفة مثل أن يقول : إن مت من مرضي هذا أو سفري هذا أو من مرض كذا فليس بمدبر ، ويجوز بيعه ، لأن السبب لم ينعقد في الحال لتردده في تلك الصفة**) ش: لأنه ربما يرجع من تلك السفر ، ويبرأ من ذلك المرض م: (**بخلاف المدبر المطلق ، لأنه تعلق عتقه بمطلق**

الموت ، وهو كائن لا محالة ، فإن مات المولى على الصفة التي ذكرها عتق كما يعتق المدبر ، معناه من الثلث لأنه ثبت حكم التدبير في آخر جزء من أجـزاء حياته لتحقق تلك الصفة فيـه ، فلهذا يعتبـر من الثلث ، ومن المقيد أن يقول إن مـت إلى سنة أو عشر سنين لما ذكرنا بخـلاف ما إذا قال إلى مائة سنة ومثله لا يعيش إليه في الغالب ؛ لأنه كالكائن لا محالة

الموت) ش: وهو كائن لا محالة تحقيق هذا أن المعلق به إذا كان على خطر الوجود كان بمعنى اليمين وقد عرفت أن صفة كونه يمينًا يمنع من السببية ، وأما إذا كان أمرًا كائنًا لا محالة لم يكن في معنى اليمين ، فكان سببًا .

فإن قيل : إذا لم ينعقد السبب في الحال ففي أي وقت ينعقد ، فإن انعقد بعد الموت فليس بحال أهلية الإيجاب ، وإن انعقد قبله فكيف يجوز معه ، فالجواب أنه موقوف . م: **(فإن مـات المولى على الصفة التي ذكرها عـتق كما يعتق المدبر ، معناه)** ش: أي معنى قول القدوري عتق م: **(من الثلث لأنه ثبت حكم التدبير في آخـر جزء من أجزاء حياته لتحقق تلـك الصفة منه ، فلهذا)** ش: إيضاح لثبوت الحكم في آخر جزء من أجزاء حياته م: **(يعـتبـر من الثلث ومن المقيـد)** ش: أي من جـملة التدبير المقيد م: **(أن يقول : إن مت إلى سنة أو عشر سنين فأنت حر لما ذكرنا)** ش: أي التردد في الصفة م: **(بخلاف ما إذا قال إلى مائة سنة فأنت حر ومثله لا يعيش إليه)** ش: إلى ذلك الوقت م: **(في الغالب)** ش: يكون مدبراً م: **(لأنه كالكائن لا مـحالة)** ش: وهذا الذي ذكره رواية الحسن عن أبي حنيفة في «المنتقى» ، وبه قال مالك . وذكر الفقيه أبو الليث في «النوازل» : أن رجلاً قال لعبد : أنت حر إن مت إلى مائتي سنة قال أبو يوسف : هذا مدبر مقيد ، وله أن يبيعه . وقال الحسن بن زياد : لا يجوز بيعه ، لأنه علم أنه لا يعيش إلى تلك المدة ، فصار كأنه قال : إذا مت فأنت حر .

***

باب الاستيلاد

إذا ولدت الأمة من مولاها فقد صارت أم ولد له لا يجوز بيعها ولا تمليكها ، لقوله عليه السلام «أعتقها ولدها »

م: (باب الاستيلاد)

ش: أي هذا باب في بيان حكم الاستيلاد ، وهو طلب الولد لغة وأم الولد من الأسماء الغالبة على بعض من يقع عليه الاسم كالنجم للثريا . وفي الشرع أم الولد مملوكة يثبت نسب ولدها من مالك لها أو مالك له بعضها ، وذلك لأن الاستيلاد اتباع ثابت النسب ، فإذا ثبت النسب ثبت الاستيلاد وإلا فلا . ولما فرغ من بيان التدبير شرع في بيان الاستيلاد وعقيبه لمناسبة بينهما من حيث إن لكل واحد منهما حق الحرية حقيقتها .

م: (**إذا ولدت الأمة من مولاها فقد صارت أم ولد لا يجوز بيعها**) ش: خلافًا لبشر بن غياث وداود تابعه من الظاهرية ، واحتجوا بما رواه أبو داود والنسائي وابن ماجة من حديث جابر بن عبد الله أنه قال بعنا أمهات الأولاد على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر ، « فلما كان عمر رضي الله تعالى عنه نهانا فانتهينا »[1] وذكر ابن حزم في «المحلى» : أن بيعها مروي عن أبي بكر الصديق رضي الله تعالى عنه وعلي وابن عباس وابن مسعود وابن الزبير وزيد بن ثابت ، وعن عمر : أنها إن عتقت وأسلمت عتقت ، وإن كفرت وفجرت رقت ، وروي مثله عن عمر بن عبد العزيز ، وأجاب أصحابنا بأن عمر رضي الله تعالى عنه لما نهى عن ذلك أجمعوا عليه .

واحتجوا أيضًا بما روي عن ابن عباس رضي الله تعالى عنه قال : قال رسول الله ﷺ « **أيما رجل ولدت أمته منه فهي معتقة عن دبر منه**»[2] رواه أحمد وابن ماجة ، وهو حديث مشهور تلقته الأئمة بالقبول قال ﷺ في مارية القبطية أم إبراهيم حين قيل له «**ألا تعتقها ، قال عليه السلام** : « **أعتقها ولدها** »، رواه ابن ماجة والدارقطني . وقال الخطابي : وقد ثبت أنه عليه السلام قال : إنا معاشر الأنبياء لا نورث ، ما تركناه صدقة» فلو كانت مارية مالاً لبيعت وصار ثمنها صدقة .

م: (**ولا تمليكها ، لقوله عليه السلام**) ش: أي لقول النبي ﷺ م: (**أعتقها ولدها**) ش:[3] هذا

---

(١) رواه أبو داود في « العتق -باب في عتق أمهات الأولاد » (٣٩٥٤) والحاكم (١٨/٢) من طريق حماد عن قيس عن عطاء بن جابر رضي الله عنه . وأخرجه النسائي من طريق عمرو بن علي ثنا أبو عاصم ثنا ابن جريج عن أبي الزبير عن جابر رضي الله عنه . وصححه العلامة الألباني . انظر صحيح أبي داود (٧٤٨/٢) .

(٢) أخرجه ابن ماجة في « العتق - باب أمهات الأولاد (٢٥١٥) والحاكم في المستدرك (١٩/٢) ، وهو ضعيف ، في إسناده الحسين بن عبد الله بن عبيد الله بن عباس وهو ضعيف وتركه ابن المديني .

(٣) سبق تخريجه .

أخبر عن إعتاقها فيثبت بعض مواجبه وهو حرمة البيع ، ولأن الجزئية قد حصلت بين الواطئ والموطوءة بواسطة الولد ، فإن الماءين قد اختلطا بحيث لا يمكن التمييز بينهما على ما عرف في حرمة المصاهرة ، إلا أن بعد الانفصال تبقى الجزئية حكمًا لا حقيقة ، فضعف السبب ، فأوجب حكمًا مؤجلاً إلى ما بعد الموت ، وبقاء الجزئية حكمًا باعتبار النسب ، وهو من جانب الرجل ، فكذا الحرية تثبت في حقهم لا في حقهن ، حتى إذا ملكت الحرة زوجها وقد ولدت منه لا يعتق بموتها وثبوت عتق مؤجل يثبت حق الحرية في الحال فيمتنع جواز البيع وإخراجها لا إلى الحرية في الحال ويوجب عتقها بعد موته ، وكذا إذا كان بعضها مملوكًا له

قاله في مارية القبطية ، وقد مر الآن م: (**أخبر عن إعتاقها**) ش: أي أخبر النبي ﷺ عن إعتاق ماريةم: (**فيثبت بعض مواجبه وهو**) ش: أي بعض مواجب قوله عليه السلام : م: (**حرمة البيع**) ش: أي بيعها ، لأن الحديث وإن دل على تنجيز الحرية ، لكن عارضه ما روي عن ابن عباس رضي الله تعالي عنه ، وهو المذكور آنفًا ، فعملنا بهما جميعًا ، ومبنى البيع في الحديث الأول ، والتنجيز بالحديث الثاني لا يقال محلية البيع معلومة فيهما بيقين ، فلا يرتفع إلا بيقين مثله وخبر الواحد لا يوجبه ، لأنا نقول الأحاديث الدالة على عتقها من المشاهير ، وقد انضم إليها الإجماع اللاحق ، فرجحناها .

م: (**ولأن الجزئية قد حصلت بين الواطئ والموطوءة بواسطة الولد ، فإن الماءين قد اختلطا بحيث لا يمكن التمييز بينهما**) ش: أي بين المائين م: (**على ما عرف في حرمة المصاهرة**) ش: وهي تمنع بيعها وهبتها ، لأن بيع جزء الحر وهبته حرام م: (**إلا بعد الانفصال**) ش: جواب عما يقال لو كانت هذه الجزئية معتبرة لتنجز العتق ، لأن الجزئية توجبه ولستم قائلين به ، فأجاب بقوله بعد الانفصال م: (**تبقى الجزئية حكمًا لا حقيقة فضعف السبب**) ش: أي سبب العتق هو الجزئية بينهما م: (**فأوجب حكمًا مؤجلاً إلى ما بعد الموت**) ش: ولم يثبت في الحال ولم يجز بيعها[. . . .] م: (**وبقاء الجزئية حكمًا**) ش: هذا جواب عما يقال : لو كانت الحرية حكمًا معتق من ملكه امرأته التي ولدت منه بعد موتها ، وليس كذلك فأجاب بقوله - وبقاء الحرية حكمًا - أي من حيث الحكم م: (**باعتبار النسب وهو**) ش: أي النسب م: (**من جانب الرجال**) ش: أي النسب إلى الآباء لا إلى الأمهات .

م: (**فكذا الحرية تثبت في حقهم**) ش: أي في حق الرجال م: (**لا في حقهن**) ش: أي في حق الأمهات . قوله - فكذا الحرية - صحت الرواية بالحاء لا بالجيم ، وهذا نتيجة ما تقدم، فلهذا ذكر بالفاء ، يعني أن الحرية لما كانت باعتبار النسب أنتج أن الحرية وقعت في حقهم م: (**حتى إذا ملكت الحرة زوجها ، وقد ولدت منه لم يعتق**) ش: أي الزوج م: (**بموتها**) ش: أي بموت الحرة م: (**وثبوت عتق مؤجل يثبت حق الحرية في الحال ، فيمتنع جواز البيع وإخراجها لا إلى الحرية في الحال ، فوجب لولي وكذا إذا كان بعضها مملوكًا له**) ش: يعني إذا كانت الجارية مشتركة بين اثنين فاستولدها

لأن الاستيلاد لا يتجزأ فإنه فرع النسب فيعتبر بأصله قال وله وطؤها واستخدامها وإجارتها وتزويجها ، لأن الملك فيها قائم فأشبهت المدبرة ، ولا يثبت نسب ولدها إلا أن يعترف به ، وقال الشافعي -رحمه الله : يثبت نسبه منه وإن لم يدع

أحدهما يكون كل الجارية أم ولد له .

م: (**لأن الاستيلاد لا يتجزأ ، فإنه فرع النسب ، فيعتبر بأصله**) ش: وهو النسب ، فالنسب لا يتجزأ فكذلك فرعه ، وهو الاستيلاد فيما يمكن نقل الملك فيه ، وهذا بخلاف ما قال في باب العبد نصيبه بقوله والاستيلاد يتجزأ عنده حتى استولد نصيبه من مدبره يقتصر عليه ، لأن نصيب شريك انتقل فاقتصر الاستيلاد على نسب المستولد .

قال الأترازي : ومعنى قولنا الاستيلاد لا يتجزأ فيما يمكن نقل الملك عنه ، والمدبرة ليست بقابلة للنقل من ملك إلى ملك ، فلا يتناقض ما قال ها هنا .

م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**وله وطؤها**) ش: أي للمولى وطء أم ولده م: (**واستخدامها وإجارتها وتزويجها ، لأن الملك فيها قائم فأشبهت المدبرة**) ش: وله أن يزوجها قبل أن يستبرئها . فإن قيل شغل الرحم بمائه محتمل ، واحتمال ذلك يمنع جواز النكاح ، كما في المعتدة .

أجيب : بأن محلية جواز النكاح كانت ثابتة قبل الوطء ، وقد وقع الشك في زوالها ، فلا يرتفع به بخلاف النكاح ، فإن المنكوحة خرجت عن محلية الغير ، فلا يعود إليها إلا بعد الفراغ حقيقة ، وذلك بعد العدة م: (**ولا يثبت نسب ولدها**) ش: أي ولد الأمة م: (**إلا أن يعترف به**) ش: هي إن اعترف به المولى ، أي بوطئها ، وبه قال الثوري والشعبي ، والحسن البصري ، وهو مروي عن زيد بن ثابت مع العزل .

م: (**وقال الشافعي : يثبت نسبه منه ، وإن لم يدع**) ش: وبه قال مالك وأحمد ، فإنه يثبت النسب منه إذا أقر بوطئها ، وإن عزل عنها إلا أن يدعي أنه استبرأها بعد الوطء بحيضة ، وهو ضعيف ، لأنهم زعموا أنها بالوطء صارت فراشًا كالنكاح ، وفيه يلزم الولد وإن اشتراها . ولو وطئها من دبرها يلزمه الولد عند مالك ، ومثله عن أحمد ، وهو وجه للشافعية وضعفوه .

وروى الطحاوي بإسناده عن عكرمة عن ابن عباس : أنه كان يأتي جارية فحملت منه . فقال : ليس مني ، إني آتيها إتياناً لا أريد به الولد . وعن عمر رضي الله تعالى عنه « **أنه كان يعزل عن جارية فجاءت بولد أسود فشق عليه ، فقال : ممن هو ، فقالت من راعى الإبل ، فحمد الله وأثنى عليه، ولم يلزمه**» .

وعن زيد بن ثابت رضي الله تعالى عنه كان يطأ جارية مارشية ويعزل عنها فجاءت بولد فأعتق الولد وجلدها ، وعنه أن قال لها : ممن حملت ، قالت : منك ، فقال كذبت ما وصل إليك

لأنه لما ثبت النسب بالعقد فلأن يثبت بالوطء وأنه أكثر إفضاء أولى . ولنا أن وطء الأمة يقصد قضاء الشهوة دون الولد لوجود المانع عنه ، فلا بد من الدعوة بمنزلة ملك اليمين من غير وطء بخلاف العقد ، لأن الولد يتعين مقصوداً منه ، فلا يحتاج إلى الدعوة فإن جاءت بعد ذلك بولد ثبت نسبه بغير إقرار ، معناه بعد اعتراف منه بالولد الأول لأنه بدعوى الولد الأول تعين الولد مقصوداً منها ، فصارت فراشًا كالمعقودة بعد النكاح ، إلا أنه إذا نفاه ينتفي بقوله ، لأن فراشها ضعيف حتى ملك نقله بالتزويج ، بخلاف المنكوحة ، حيث لا ينتفي الولد نفيه إلا باللعان لتأكد الفراش حتى لا يملك إبطاله بالتزويج

مما يكون الحمل منه ، ولم يلزمه مع اعترافه بوطئها فهو حجة عليهم .

م: (**لأنه لما ثبت النسب بالعقد فلأن يثبت بالوطء ، وأنه أكثر إفضاء أولى**) ش: أي والحال أنه إن كان الوطء أكثر إفضاء إلى الولد من العقد م: (**ولنا أن وطء الأمة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد لوجود المانع عنه**) ش: أي من طلب الولد .

والمانع سقوط التقديم عنها عند أبي حنيفة رحمه الله لأن أم الولد ليست بمتقومة عنده ، ونقصان القيمة عند صاحبه ، لأن قيمتها ثلث قيمة القن لبقاء منفعة الوطء وزوال منفعة السعاية والبيع م: (**فلا بد من الدعوة بمنزلة ملك اليمين من غير وطء**) ش: فإنه لا يثبت النسب فيه بغير الدعوة م: (**بخلاف العقد**) ش: أي عقد النكاح م: (**لأن الولد يتعين مقصوداً منه**) ش: أي من العقد ، ولأن الولد هو المقصود من العقد في المنكوحة لا يقال : إن النسب باعتبار الحرية أو بما وضع لها ، والعقد عدمه لا مدخل له في ذلك لأنا نقول : لو كان ذلك مراده لثبت من الزاني وليس كذلك وإنما النظر إلى الموضوعات الأصلية والعقد موضوع لذلك م: (**فلا يحتاج إلى الدعوة**) ش: ووطء الأمة ليس بموضوع فيحتاج إليها .

م: (**وإن جاءت بعد ذلك بولد يثبت نسبه عنه بغير إقرار**) ش: هذا لفظ القدوري . وقال المصنف م: (**معناه**) ش: أي معنى كلام القدوري م: (**بعد اعتراف منه**) ش: أي من المولى م: (**بالولد الأول، لأنه بدعوى الولد الأول تعين الولد مقصوداً منها ، فصارت فراشًا كالمعقودة بعد النكاح**) ش: أي كالمنكوحة ، فلما صارت فراشًا لم يكن حاجة إلى الدعوى في ثبوت النسب م: (**إلا إذا نفاه ينتفي بقوله**) ش: أي ينتفي النسب عنه بمجرد النفي من غير لعان م: (**لأن فراشها**) ش: أي فراش أم الولد م: (**ضعيف حتى يملك نقله**) ش: أي حتى يملك المولى نقل فراشه م: (**بالتزويج**) .

م: (**بخلاف المنكوحة حيث لا ينتفي الولد بنفيه إلا باللعان لتأكد الفراش حتى لا يملك إبطاله بالتزويج**) ش: الحاصل ثلاثة قوى كفراش الزوجة يثبت نسب ولدها من غير دعوى ، ولا ينتفي إلا باللعان ووسط كفراش أم الولد يثبت نسب ولدها من غير دعوى ، وينتفي من غير لعان . وضعيف كفراش الأمة لا يثبت نسب ولدها بالدعوى ، وينتفي من غير لعان ، فأشبه فراش أم

وهذا الذي ذكرناه حكم فأما الديانة فإن كان وطئها وحصنها ولم يعزل عنها يلزمه أن يعترف به ويدعي ، لأن الظاهر أن الولد منه ، وإن عزل عنها أو لم يحصنها جاز له أن ينفيه ، لأن هذا الظاهر يقابله ظاهرآخر هكذا روي عن أبي حنيفة -رحمه الله- وفيه روايتان أخريان عن أبي يوسف وعن محمد

الولد فراش المنكوحة من وجه من حيث إن نسب ولدها يثبت من غير دعوى ، فصار فيه قوة وفراش الأمة من وجه حيث ينتفي نسب ولدها بمجرد النفي فصار فيه ضعف ، فكان وسطًا .

م: (**وهذا الذي ذكرناه حكم**) ش: من مختصر القدوري في قوله : ولا يثبت نسب ولدها ، إلا أن يعترف به بيان الحكم والقضاء يعني لا يثبت نسب ولد الأمة من المولى قبل اعترافه قضاء م: (**فأما الديانة**) ش: وهي الأمر فيما بينه وبين الله تعالى م: (**فإن كان وطئها ، وحصنها ولم يعزل عنها يلزمه أن يعترف به ويدعي**) ش: أي الولد م: (**لأن الظاهر أن الولد منه ، وإن عزل عنها ولم يحصنها**) ش: المراد من التحصين أن يمنعها من الخارج والبروز عن مظان الريبة والعزل أن يطأها ولا ينزل موضع المجامعة م: (**جاز له أن ينفيه ، لأن هذا الظاهر**) ش: وهو أن الولد منه عند التحصين وعدم العزل م: (**يقابله ظاهر آخر**) ش: أي يعارضه ظاهر آخر وهو العزل أو يذكر التحصين فيتعارض الظاهران ، فوقع الشك والاحتمال في كون الولد من المولى ، فلم يلزمه الدعوة بالشك والاحتمال ، فجاز نفيه .

م: (**هكذا**) ش: أي لزوم الدعوى في الصورة الأولى وجواز النفي في الصورة الثانية م: (**روي عن أبي حنيفة ، وفيه روايتان أخريان عن أبي يوسف ومحمد -رحمه الله-**) ش: وفي بعض النسخ أخريان ، وهو الصحيح ، وقال الأترازي : وقال بعضهم في شرحه والأصح آخران .

قلت : أراد به الكاكي ، فإنه قال هكذا ، ثم قال الأترازي : وذاك ليس بشيء كآخر ، وإن ثم أطال الكلام فيه ، فلا يحتاج إلى ذكره ، لأن من له يد في موضع هذا يعرفه ، ومن لا يد له لا يفهمه .

وقال الكاكي أيضًا : قوله عن أبي يوسف ومحمد -رحمهما الله- في بعض النسخ بتكرار عن أبي يوسف رحمه الله رواية واحدة ، وعن محمد -رحمه الله- كذلك وتلك الروايات بلفظ الوجوب . كذا في « المبسوط » .

وقال الأترازي : قال بعض الشارحين ، أي عن أبي يوسف رواية واحدة . وعن محمد رواية واحدة ، وهو فائدة إعادة «عن» .

قلت : هذا أيضًا كلام الكاكي .

ثم قال الأترازي : ولنا نظر في إعادة -عن- لأنك إذا قلت أخذ درهمان عن زيد أو عمرو بلا تكرار - عن لا يفهم الدرهمين أحدًا ، والدرهمين أخيرين أحدًا عن عمرو ، بل المفهوم أن

ذكرناهما في «كفاية المنتهى» ، وإن زوجها فجاءت بولد فهو في حكم أمه ؛ لأن حق الحرية يسري إلى الولد كالتدبير ، ألا ترى أن ولد الحرة حر وولد القنة رقيق ، والنسب يثبت من الزوج ، لأن الفراش له وإن كان النكاح فاسداً ، إذ الفاسد ملحق بالصحيح في حق الأحكام

الدرهمين بعضهما حصل عن زيد ، والبعض الباقي عن عمرو ، فكذا فيما نحن فيه بعض الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله وبعضهما عن محمد ، فيكون عن كل منهما رواية واحدة فلا حاجة إلى تكرار - عن - يوهم أن الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله وروايتان أخريان عن محمد ، وليس كذلك .

م: (**ذكرناهما في «كفاية المنتهى»**) ش: فإنه صنفه قبل« الهداية» وهو عزيز . وذكر الروايتين في «المبسوط »، فقال : وعن أبي يوسف إذا وطئها ولم يسترها بعد ذلك ، حتى جاء بولد فعليه أن يدعيه سواء عزل عنها أو لم يعزل .

وعن محمد -رحمه الله- قال : لا ينبغي أن يدعي النسب إذا لم يعلم أنه منه ، ولكن ينبغي أن يعتق الولد وقد يستمتع بها ويعتقها بعد موته ، لأن استحقاق نسب ليس منه لا يحل شرعًا فيحتاط من الجانبين ، وذلك في أن لا يدعي النسب ، ولكن يعتق الولد بعتقها بعد موته لاحتمال أن يكون منه ، وذكر في إيضاح تلك الروايتين بلفظ الاستحباب ، فقال أبو يوسف : أحب إلي أن يدعيه ، وقال محمد : أحب أن يعتق الولد إلى آخره .

م: (**فإن زوجها**) ش: المولى من رجل م: (**فجاءت بولد فهو في حكم أمه**) ش: قال الحاكم في «الكافي » : فالولد بمنزلة الأم ، يعني إذا مات المولى يعتقان من جميع المال م: (**لأن حق الحرية يسري إلى الولد**) ش: لأن الولد جزء الأم فيحدث إلى وصفها م: (**كالتدبير ، ألا ترى أن ولد الحرة حر وولد القنة رقيق ، والنسب يثبت من الزوج ، لأن الفراش له**) ش: وفراشها من المولى لا يثبت نسبه منه ، لأن النسب ليس بمتجزئ ، فلا يثبت من المولى بعد أن ثبتت من الزوج ، ويعتق ولدها بدعوى المولى وإذا لم يثبت النسب منه لإقراره بالحرية م: (**وإن كان النكاح فاسدًا**) ش: وصل بما قبله م: (**إذ الفاسد**) ش: أي النكاح الفاسد م: (**ملحق بالصحيح**) ش: أي بالنكاح الصحيح م: (**في حق الأحكام**) ش: مثل ثبوت النسب ووجوب المهر والعدة ، لكن بعد الدخول ، لأن النكاح الفاسد لا حكم له قبل الدخول ، لكونه واجب الرفع ، فإذا دخل بها يكون له شبهة الصحيح ، فيلحق به في حق الأحكام . وقال الأترازي : قال بعضهم في شرحه ، ومن الأحكام ثبوت النسب وعدم جواز البيع والوصية ، فلا تعلق له بالنكاح أصلاً لا بالصحيح ولا بالفاسد ، فلا أدري أين كان .

قلت : هذا الشارح وقت الشرح، انتهى .

قلت : أراد بالبعض الأكمل ، فإنه قال في« شرحه »، ومن الأحكام ثبوت النسب إلى

ولو ادعاه المولي لا يثبت نسبه منه ؛ لأنه ثابت النسب من غيره ويعتق الولد وتصير أمه أم ولد له لإقراره ، وإذا مات المولى عتقت من جميع المال لحديث سعيد بن المسيب أن النبي عليه السلام « أمر بعتق أمهات الأولاد ، وأن لا يبعن في دين ولا يجعلن من الثلث » ولأن الحاجة إلى الولد

آخره، وهذايدل على أن شرح الأكمل قبل شرح الأترازي ، لأنه ذكر في الرابع من شرحه أنه فرغ منه في سنة خمس وثلاثين وسبعمائة ، وكان قدوم الأكمل القاهرة في سنة ثلاثين وسبعمائة ثم كان قدوم الأترازي بعد ذلك بمدة .

م: (**ولو ادعاه المولى**) ش: أي لو ادعاه المولى ولد أم الولد الذي ولد من الزوج بعد أن تزوجها فولدت م: (**لا يثبت نسبه منه**) ش: أي نسب الولد من المولى م: (**لأنه ثابت النسب من غيره، ويعتق الولد وتصير أمه أم ولد له لإقراره**) ش: أي فيما إذا كانت قنة ، أما إذا كانت أم ولد فأمومية الولد ثابتة قبل الدعوى .

فإن قيل : كيف تثبت أمومية الولد مع عدم ثبوت النسب وأمية الولد ها هنا مبنية على ثبوت النسب بدعوى الولد ، بخلاف ابتداء الإقرار بالإسناد ، فإن ذلك مبني على دعوى الولد . **قلنا** : مجرد الإقرار بالاستيلاد كان لثبوت الاستيلاد ، وإن كان في ضمن شيء آخر لم يثبت ذلك الشيء .

م: (**وإذا مات المولى عتقت من جميع المال لحديث سعيد بن المسيب أن النبي ﷺ أمر بعتق أمهات الأولاد وأن لا يبعن في دين ولا يجعلن من الثلث**) ش: هذا حديث أخرجه الدارقطني في سننه عن عبد الرحمن الإفريقي عن مسلم بن يسار عن سعيد بن المسيب أن عمر رضي الله عنه أعتق أمهات الأولاد وقال: أعتقهن رسول الله ﷺ[1] .

وأخرج الدارقطني أيضًا عن يونس بن محمد عن عبد العزيز بن مسلم عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهم أن النبي ﷺ « **نهى عن بيع أمهات الأولاد وقال لايبعن ولايوهبن ولا يورثن يستمتع بها سيدها ما دام حيًا ، فإذا مات فهي حرة**»[2] .

م: (**ولأن الحاجة إلى الولد أصلية**) ش: أراد أن الولد من الجوارح الأصلية ، لأن المرء يحتاج

---

(١) أخرجه الدراقطني (٤/ ١٣٦) من طريق عبد الرحمن الإفريقي عن مسلم بن يسار عن سعيد بن المسيب أن عمر رضي الله عنه أعتق أمهات الأولاد ، وقال عمر : أعتقهن رسول الله ﷺ ، **قلت** : وهذا إسناد ضعيف فيه الإفريقي وهو غير محتج به .

(٢) أخرجه الدراقطني (٤/ ١٣٥) من طريق عبد الله بن جعفر ثنا عبد الله بن دينار عن ابن عمر - مرفوعاً وأعل هذا الحديث بعبد الله بن جعفر بن نجيح السعدي والد علي بن المديني ، وهو ضعيف ولكن قد صرح الدراقطني بأنه المخرمي ، « والمخرمي » هذا قال فيه الحافظ : ليس به بأس . وقد رواه الدراقطني أيضاً من طريق فليح بن سليمان عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر عن عمر من قوله ، وفليح فيه ضعف .

أصليـة فتـقدم على حق الورثة والدين كـالتكفين بخـلاف التدبيـر ، لأنه وصيـة بما هو من زوائد الحوائج ولا سعاية عليها في دين المولى للغرماء لما روينا ، ولأنها ليست بمال متقوم حتى لا تضمن بالغصب عند أبي حنيفة ، فـلا يتعلق بها حق الغرماء كالقصاص بخـلاف المدبر لأنه مال متقوم ، وإذا أسلمت أم ولد النصراني فعليها أن تسعى في قيمتها ، وهي بمنزلة المكاتبة لا تعتق حتى تؤدي السعاية . وقال زفر -رحمه الله- : تعتق في الحال

إلى بقـاء النسل م: (**فتـقدم على حق الورثة ، والدين كـالتكفين**) ش: المدبر على الورثة والدين لأنه وصيـة لكونه من الزوائد م: (**بخلاف التدبير**) ش: أي الاستيلاد بخلاف التدبير ولهذا لا يقدم ولا سعاية عليها ، المدبر على الورثة والدين م: (**لأنه وصية**) ش: لكونه من زوائد التدبير وصية م: (**بما هو من زوائد الحوائج ولا سعاية عليها**) ش: أي على أم الولد م: (**في دين المولى للغرماء لما روينا**) ش: قال الكاكي إشارة إلى قوله عليه السلام : « **أعتقها ولدها** » .

وقـال الأترازي : إشـارة إلى حـديث سـعـيد بن المسيب وهـو أن النبي ﷺ أمر بعتق أمهات الأولاد أن لا يبعن في دين . وفي بعض نسخ الفقه : وأن لا يبعن في دين .

م: (**ولأنهـا**) ش: أي ولأن أم ولـد م: (**ليست بمال مـتقوم**) ش: لأنها تحرز إحراز الأمـوال م: (**حتى لا تضمن بالغـصب عند أبي حنيفة**) ش: يعني إذا غـصب رجل أم الولد فمـاتت منه نفسـها عند الغـاصب لم يضمنها م: (**عند أبي حنيـفةرحمـه الله**) ش: خلافًـا لهمـا . وأما المدبر إذا مـات عند الغاصب فهو ضامن القيمة بالإعتاق لأن المدبر متقوم بالإجماع ، وفي « تحفة الفقهاء » : أم الولد لا تضمن عند أبي حنيفة بالغصب ولا بالقبض في البيع الفاسد ولا بالإعتاق بأن كانت أم ولد بين شريكين فأعتقها أحدهما لم يضمن المعتق لشريكه ولـم تسع أيضًا في شيء .

وقال أبو يوسف ومحـمد -رحمهمـا الله- يضمن في ذلك كله م: (**فلا يتعلق بها حق الغرماء كالقصاص**) ش: إذا قـال مات وهـو مديون ليس لأرباب الديون أن يأخـذوا من عليه القصـاص بدينهم ويستوفوا منه ديـونهم بمقابلة ما وجب عليه في القـصاص من ديونهم، لأن القصـاص ليس بمال متقوم حتى يأخذوا بمقـابلته شيئًا متقومًا وكذا إذا قتل المديون شـخصًا لا يقدر الغرماء على منع ولي القـصـاص من استـيفـاء القـصـاص ، وكـذا إذا قتل رجل مديونًا ، والمديون قد عفى لا يقـدر الغرماء على المديون عن العفو . م: (**بخلاف المدبر لأنه مال متقوم**) ش: بالإجماع ، وقـد ذكرناه عن قريب .

م: (**وإذا أسلمت أم ولد النصراني فـعليها أن تسـعى في قيمتـها ، وهي بمنزلة المكاتبة لا تعـتق حتى تؤدي السعاية**) ش: قـال الجوهري : وسعى المكاتب في عتق رقبته سعـاية م: (**وقـال زفر: تعـتق في الحال**) ش: يعني قبل السعاية وبعدها . وفي بعض النسخ « تعتق في الحال» ، وبه قال مالك رحمه الله والظاهرية ، إلا أنه بغير سعاية عندهما ، وعند زفـر بالسعـاية، وقـال الشافـعي وأحـمد -

والسعاية دين عليها ، وهذا الخلاف فيما إذا عرض على المولى الإسلام فأبى ، فإن أسلم تبقى على حالها ، له أن إزالة الذل عنها بعد ما أسلمت واجب ، وذلك بالبيع أو الإعتاق ، وقد تعذر البيع فتعين الإعتاق ولنا أن النظر من الجانبين في جعلها مكاتبة لأنه يندفع الذل عنها لصيرورتها حرة يدًا ، والضرر عن الذمي لانبعاثها على الكسب نيلاً لشرف الحرية ، فيصل الذمي إلى بدل ملكه . أما لو أعتقت وهي مفلسة تتوانى في الكسب ، ومالية أم الولد يعتقدها الذمي متقومة ، فيترك وما يعتقده ، ولأنها إن لم تكن متقومة فهي محترمة، وهذا يكفي لوجوب الضمان

رحمهما الله- في المشهور ، ويمنع الذمي من وطئها والاستمتاع بها، ويحال ما بينهما ولا يمكن من الخلوة بها ، وأجبر على نفقتها ، فإن أسلم حلت له، وإن مات قبل إسلامه أو بعده عتقت بموته . وعن أحمد رضي الله عنه في رواية تستسعى في قيمتها ، فإن أدت عتقت م: (**والسعاية دين عليها**) ش: أي على أم الولد المذكور .

م: (**وهذا الخلاف**) ش: يعني بيننا وبين زفر م: (**فيما إذا عرض على المولى الإسلام فأبى**) ش: أي امتنع عن الإسلام م: (**فإن أسلم تبقى**) ش: أي أم الولد المذكورة م: (**على حالها له**) ش: أي لزفر م: (**أن إزالة الذل عنها بعد ما أسلمت واجب وذلك بالبيع أو الإعتاق ، وقد تعذر البيع**) ش: لأن أم الولد لا يجوز بيعها م: (**فتعين الإعتاق**) ش: لإزالة ذلها م: (**ولنا أن النظر من الجانبين**) ش: أي جانب أم الولد وجانب النصراني م: (**في جعلها مكاتبة ، لأنه يندفع الذل عنها لصيرورتها حرة يدًا والضرر**) ش: أي ويندفع الضرر م: (**عن الذمي لانبعاثها على الكسب نيلاً لشرف الحرية فيصل الذمي إلى بدل ملكه ، أما لو أعتقت وهي مفلسة تتوانى**) ش: أي تتكاسل م: (**في الكسب**) ش: حاصل الكلام أنه لا يجوز أن يبطل ملك النصراني مجانًا ، لأنه معصوم ، فوجب عليها السعاية فلا تعتق ما لم تؤد قيمتها ، لأنها إذا عتقت فسعت بعد ذلك كما هو مذهب زفر يؤدي إلى تعطيل حق المولى لتوانيها في الكسب حينئذ ، لحصول الحرية قبل السعاية . وقلنا : تسعى ثم تعتق نظرًا للجانبين ، لأنها إذا سعت تصل إلي شرف الحرية . وهي حرة يدًا حال السعاية ، ويصل المولى إلى بدل ملكه .

م: (**ومالية أم الولد**) ش: جواب عما يقال كيف تسعى أم ولد النصراني ، والسعاية في القيمة دليل التقوم ، وأم الولد ليست بمتقومة عند أبي حنيفة رضي الله عنه فأجاب بقوله ومالية أم الولد م: (**يعتقدها الذمي متقومة ، فيترك وما يعتقده**) ش: أي يترك الذمي مع ما يعتقده، والواو بمعنى مع لقوله عليه السلام اتركوهم وما يدنون م: (**ولأنها**) ش: أي ولأن مالية أم الولد م: (**إن لم تكن متقومة فهي محترمة ، وهذا**) ش: أي كونها محترمة م: (**يكفي لوجوب الضمان**) ش: هذا جواب آخر عن السؤال المذكور ، واعترض عليه بأن الأمة أم لو كان كافيًا لوجوب الضمان لوجب على غاصب أم الولد . وأجيب بأن مبنى الضمان في الغصب على المماثلة ولا مماثلة بين ماليتها لانتفاء تقومها ، وبين ما يضمن به من المال المتقوم .

كما في القصاص المشترك إذا عفى أحد الأولياء يجب المال للباقين ، ولو مات مولاها عتقت بلا سعاية ، لأنها أم ولد له ، ولو عجزت في حياته لا ترد قنة لأنها لو ردت قنة أعيدت مكاتبة لقيام الموجب . ومن استولد أمة غيره بنكاح ثم ملكها صارت أم ولد له ، وقال الشافعي - رحمه الله- لا تصير أم ولد له ، ولو استولدها بملك يمين ثم استحقت ثم ملكها تصير أم ولد له عندنا ، وله في قولان وهو ولد المغرور . له أنها علقت برقيق فلا تكون أم ولد له ، كما إذا علقت من الزنا ، ثم ملكها الزاني ، وهذا لأن أمومية الولد باعتبار علوق الولد حراً ، لأنه جزء الأم في تلك الحالة ، والجزء لا يخالف الكل

م: (**كما في القصاص المشترك**) ش: يعني إذا كان القصاص مشتركًا بين جماعة م: (**إذا عفى أحد الأولياء يجب المال للباقين**) ش: وإن لم يكن القصاص مالاً متقومًا لكنه حق محترم ، فجاز أن يكون موجبًا للضمان لاحتباس نصيب الآخرين عنده بعفو أحدهم . م: (**ولو مات مولاها**) ش: أي مولى أم ولد النصراني وهو نصراني م: (**عتقت بلا سعاية لأنها أم ولد له**) ش: وليس عليها سعاية م: (**ولو عجزت في حياته لا ترد قنة ، لأنها لو ردت قنة أعيدت مكاتبة لقيام الموجب**) ش: أي الموجب لكتابته . وهو إسلام الولد م: (**ومن استولد أمة غيره بنكاح ثم ملكها صارت أم ولد له**) ش: أي شرعًا لأنها كانت أم ولد حقيقة . م: (**وقال الشافعي لا تصير أم ولد له**) ش: وبه قال مالك رحمه الله وأحمد في رواية ، وفي رواية كقولنا ، وفي «شرح الطحاوي» : فإن استولدها وهي في ملك الغير بنكاح ثم اشتراها مع الولد أو بغير الولد صارت أم ولد له عندنا ، خلافًا للشافعي رحمه الله ، وكذلك لو ثبت ولدها بوطء بشبهة ثم ملكها فهي أم ولد له من حين ملكها ، إلا من وقت العلوق عندنا ، كذا في «التحفة» ، وفائدة كونها أم ولد من وقت الملك أنه لو ملك ولدها منه عتق عليه لقوله ﷺ « **من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر** »[1] ولو تملك ولدها من غيره لم يعتق ، لأنه بائن أم ولد له ، وله بيعه لأن الاستيلاد ثبت فيها من حين ملكها ، وعند زفر من ولد بعد ثبوت نسب ولدها منه ثم ملكه فهو ابن أم ولد له . م: (**ولو استولدها بملك يمين ثم استحقت ثم ملكها تصير أم ولد له عندنا**) ش: خلافًا للشافعي م: (**وله**) ش: أي للشافعي رحمه الله م: (**في قولان**) ش: في قول تصير أم ولد له ، وفي قول لا تصيرم: (**وهو ولد المغرور**) ش: من يطأ امرأة معتمداً على ملك يمين أو نكاح فتلد منه ثم يستحق ولده حر بالقيمة يوم الخصومة .

م: (**له**) ش: أي للشافعي رحمه الله م: (**أنها علقت برقيق فلا تكون أم ولد له كما إذا علقت من الزنا ثم ملكها الزاني ، وهذا**) ش: إشارة إلى قوله - فلا تكون أم ولد - م: (**لأن أمومية الولد باعتبار علوق الولد حراً**) ش: بأن استولدها في ملكه م: (**لأنه**) ش: أي لأن الولد م: (**جزء الأم في تلك الحالة**) ش: أي في حالة العلوق م: (**والجزء لا يخالف الكل**) ش: وفي صورة النكاح ليس كذلك ،

---

(١) سبق تخريجه .

ولنا أن السبب هو الجزئية على ما ذكرنا من قبل،والجزئيـة إنما تثبت بينهما بنسبة الولد الواحد إلى كل واحد منهما كملاً ، وقد ثبت النسب فـتثبت الجزئية بهذه الواسطة بخلاف الزنا ،لأنه لا نسب فيه الولد إلى الزاني وإنما يعتق على الزاني إذا ملكه لأنه جزؤه حقيقة بغير واسطة ، نظيره من الزنا حيث لا يعتق عليه ، لأنه ينسب إليه بواسطة نسبـته إلى الولد ، وهي غير ثابتة ، وإذا وطيء جارية ابنه فجاءت بولد فادعاه ثبت نسبه منه وصارت أم ولد له ، وعليـه قيمتها وليس عليه عقرها ، ولا قيمة ولدها ، وقـد ذكرنا المسألة بدلائلها في كتاب النكاح من هذا الكتاب ، وإنما لا يضـمن قيمة الولد لأنه حر الأصل لإسناد الملك إلى ما قبل الاسـتيلاد ، وإن وطيء أب الأب مع بقاء الأب لم يثبت النسب ؛ لأنه لا ولاية للجد حال قيام الأب ولو كان الأب ميتًا يثبت من الجد كما

لأن الأم رقيقة لمولاها في تلك الحالة ، فلو انعقد الولد حراً . كان الجزء مخالفًا للكل .

م: (**ولنا أن السبب**) ش: أي سبب الاستيلاد م: (**هو الجزئية**) ش: الحاصلة بين الوالدين م: (**على ما ذكرنا من قبل**) ش: إشارة إلى قوله في أول الباب - لأن الجزئية قد حصلت بين الواطئ والموطوءة بواسطة الولد - م: (**والجزئية إنما تثبت بينهما**) ش: أي بين الواطئ والموطوءة م: (**بنسبة الولد إلى كل منهما كـملاً ، وقد ثبت النسب**) ش: بالنكاح م: (**فتثبت الجزئية بهذه الواسطة**) ش: وإذا ثبتت الجزئية ثبتت أمومية الولد م: (**بخلاف الزنا**) ش:جواب عن قول الشافعي رحمه الله كما إذا علقت بالزنا م: (**لأنه لا نسب فيه**) ش: أي في الزنا م: (**الولد إلى الزاني**) ش: فلا تثبت الحرية المعتبرة في الباب ، وهي الجزئية الحكمية من نسبة الولد إلى الزاني كيف يعتق عليه إذا ملكه .

فأجاب بقوله م: (**وإنما يعـتق**) ش: أي الولد م: (**على الزاني إذا ملكه ، لأنه جزؤه حـقيقة بغـير واسطة**) ش: بخلاف أمومية الولد بالزنا ، مثل من اشترى أخاه من الزنا على ما هي ، أشار إليه بقوله م: (**نظيره**) ش: أي نظير أم الولد م: (**من الزنا حيث لا يعـتق عليه**) ش: مثل من اشترى أخاه من الزنا لا يعتق عليه م: (**لأنه**) ش: أي لأن الأخ م: (**ينسب إليه بواسطة نسبـته إلى الولد ، وهي غير ثابتة**) ش: المراد بالأخ الأخ لأب ، أما الأخ لأم فإنه يعتق عليه إذا ملكه ، وإن كـان من الزنا، لأن النسبة بينهما ثابتة .

م: (**وإذا وطيء جارية ابنه فجـاءت بولد فادعاه ثبت نسبـه منه ، وصارت أم ولد له وعليه قيمـتها ، وليس عليه عقرها ولا قيمة ولدها ، وقد ذكرنا المسألة بدلائلها في كتاب النكاح**) ش: أي في آخر كتاب نكاح الرقيق ، وأراد بالعقر مهر المثل . وفي «المحيط» العقر قدر ما تستأجر هذه المرأة لو كـان الاستئجار للزجر حلالاً م: (**وإنما لا يضـمن قـيمـة الولد ، لأنه حـر الأصل لإسناد الملك إلى مـا قـبل الاستيلاد**) ش: ولأن الملك انتقل إلى الإيجاب قبيل الوطء .

م: (**وإن وطئ أب الأب مع بقـاء الأب لم يثبت النـسب ، لأنه لا ولاية للجد حـال قيـام الأب ولو كان الأب ميتًا يـثبت من الجد كما يثبت نسبه من الأب لظهـور ولايته عند فقد الأب**) ش: وكذا إذا كـان

يثبت نسبه من الأب لظهور ولايته عند فقد الأب ؛ وكفر الأب ورقه بمنزلة موته لأنه قاطع الولاية وإذا كانت الجارية بين شريكين فجاءت بولد فادعاه أحدهما ثبت نسبه منه لأنه لما ثبت النسب في نصفه لمصادفته ملكه ثبت في الباقي ضرورة أنه لا يتجزأ ، لما أن سببه لا يتجزأ وهو العلوق ، إذ الولد الواحد لا يتعلق من مائين وصارت أم ولد له ؛ لأن الاستيلاد لا يتجزأ عندهما ، وعند أبي حنيفة - رحمه الله - يصير نصيبه أم ولد له ثم يتملك نصيب صاحبه إذ هو قابل للملك ويضمن نصف قيمتها ؛ لأنه تملك نصيب صاحبه لما استكمل الاستيلاد ويضمن نصف عقرها ، لأنه وطىء جارية مشتركة ، إذ الملك يثبت حكمًا للاستيلاد فيتعقبه الملك في نصيب صاحبه

الأب حيًا ولاية مثل أن يكون عبدًا أو كافرًا أو مجنونًا فالولاية للجد فيصح دعوته ، فإذا عادت ولاية الأب بأن أسلم أو أعتق أو فاق قبل الدعوة لم تقبل دعوة الجد على ذلك .

ولو كان الأب مرتدًا لم تصح دعوة الجد عندهما ، لأن تصرفات المرتد نافذة عندهما وعند أبي حنيفة رحمه الله موقوفة قال : [إن أسلم الأب لم تصح دعوة . . .]وإن مات على الردة أو لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه تصح م: (**وكفر الأب ورقه بمنزلة موته ، لأنه قاطع الولاية**) ش: أي لأن كل واحد من الكفر والرق قاطع للولاية .

م: (**وإذا كانت الجارية بين شريكين فجاءت بولد فادعاه أحدهما**) ش: سواء ادعى في صحته أو مرضه م: (**ثبت نسبه منه لأنه لما ثبت النسب في نصفه لمصادفته ملكه ثبت في الباقي ضرورة أنه**) ش: أي أن النسب م: (**لا يتجزأ لما أن سببه لا يتجزأ وهو العلوق ، إذ الولد الواحد لا يتعلق من مائين ، وصارت أم ولد له لأن الاستيلاد لا يتجزأ عندهما . وعند أبي حنيفة - رحمه الله - يصير نصيبه أم ولد له ، ثم تملك نصيب صاحبه ، إذا هو قابل للملك**) ش: لاستحالة أن يخلق الولد من ماء الرجلين وثبوت ما لا يتجزأ كثبوت كله ، ويضمن نصف قيمتها ، لأنه يملك نصيب صاحبه لما استكمل الاستيلاد ، أي في الجارية المذكورة لعدم التجزؤ ، فيضمن نصف القيمة ويعتبر قيمة يوم وطئها ، فعلقت ، وبه صرح الحاكم .

م: (**ويضمن نصف عقرها ، لأنه وطئ جارية مشتركة ، إذ الملك يثبت حكمًا**) ش: أي من حيث الحكم م: (**للاستيلاد فيتعقبه الملك في نصيب صاحبه**) ش: إذ هو قابل للملك . قال الأترازي : الضمير المنسوب راجع إلى الوطء لا إلى الاستيلاد ، أي سبب الملك عقيب الوطء ، وهذا لأن الملك لا يثبت عقيب الاستيلاد بل يثبت معه من وقت العلوق ، والعلوق بعد الوطء ، فيكون الملك بعد الوطء ، فيكون الوطء مضافًا لنصيب شريكه أيضًا . ثم قال الأترازي : وظن بعض الشارحين أن الضمير يرجع إلى الاستيلاد ، فقال وهذا على اختيار بعض المشايخ ، وأما الأصح من المذهب فالحكم مع علته يفترقان .

قلت : أراد ببعض الشارحين صاحب «النهاية» . وقال الأترازي : وذلك ليس بشيء، لأن

بخلاف الأب إذا استولد جارية ابنه لأن الملك هنالك يثبت شرطًا للاستيلاد فيتقدمه فصار واطئًا ملك نفسه ، ولا يغرم قيمة ولدها ، لأن النسب يثبت مستندًا إلى وقت العلوق فلم يتعلق شيء منه على ملك الشريك . فإن ادعياه معًا ثبت نسبه منهما ، معناه إذا حملت على ملكهما . وقال الشافعي -رحمه الله : يرجع إلى قول القافة

صاحب « النهاية » لم يجز ذلك المذهب بدليل أنه يثبت الملك من زمان الاستيلاد عقيب الاستيلاد ألا ترى أنه قال : ولا يغرم قيمة ولدها ، لأن النسب يثبت مستندًا إلى وقت العلوق فلم يبق منه شيء على ملك الشريك ، فعلم أن ملك الشريك انتقل إلى صاحب الدعوة من زمان العلوق ، وهو زمان الاستيلاد لا بعده . وقال الأكمل : يجوز أن يكون مراده بالتعقب الذاتي لا الزماني ، وحينئذ يكون قادرًا على الأصح من المذهب .

م: (**بخلاف الأب إذا استولد جارية ابنه**) ش: حيث لا يلزمه العقر م: (**لأن الملك هنالك يثبت شرطًا للاستيلاد**) ش: أي لثبوته م: (**فيتقدمه**) ش: أي فيتقدم ملك الاستيلاد ، أي فإن قيل : الملك أثبت صورة الاستيلاد ، فيثبت سابقًا على العلوق في حق الاستيلاد لا في حق غيره ، لأن ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها . قلنا : الاستيلاد عبارة م: (**فصار واطئًا ملك نفسه**) ش: وهذه التفرقة بين الشريك والد من حيث إن ملك الشريك في النصف قائم ، وفيه العلوق وذلك يكفي للاستيلاد ، فيجعل تملك نصيب صاحبه حكمًا للاستيلاد ، فيكون الوطء واقعًا في غير ملكه ، وذلك يوجب الحد ، لكنه سقط لشبهة الشركة ، فيجب العقر . وأما الأب فلم يكن له ملك في الجارية ، وقد استولدها فيجعل ملكها شرطًا للاستيلاد في ملكه حملاً لأمره على الصحاح ، فيكون الوطء في ملكه ، والوطء في ملكه لا يوجب العقر م: (**ولا يغرم**) ش: أي الشريك للمدعي م: (**قيمة ولدها**) ش: أي ولد الجارية المشتركة م: (**لأن النسب يثبت مستندًا إلى وقت العلوق ، فلم يتعلق شيء منه على ملك الشريك**) ش: لأنه لما علق العلق حر الأصل ، لأن نصفه المعلق على ملكه ، وإنه يمنع ثبوت الرق فيه . م: (**فإن ادعياه معًا**) ش: أي فإن ادعى الشريكان الولد مجتمعين م: (**ثبت نسبه منهما**) ش: أي من الشريكين ، هذا لفظ القدوري . وقال المصنف : م: (**معناه**) ش: أي معنى قول القدوري م: (**ثبت نسبه منهما إذا حملت على ملكهما**) ش: فإن ولدت لستة أشهر منذ اشتراها فولدت ولدًا ، كذا فسره العتابي في شرح « الجامع الصغير » ، تفسير الحمل على ملكهما ، لأنه إذا لم يكن العلوق في ملكهما ، بأن ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الشراء كان دعوى تحرير لا دعوى استيلاد ، فيعتق الولد ولا يثبت الاستيلاد ، ولأن دعوى الاستيلاد إذا لم يكن العلوق في ملك المدعي وتشهد الحرية فيها إلى وقت العلوق ، ودعوى التحرير أن لا يكون العلوق في الملك المدعى تفتقر الحرية فيها إلى وقت الدعوى .

م: (**وقال الشافعي : يرجع إلى قول القافة**) ش: بلفظ المبني للمفعول ، والقافة بالقاف ، والفاء المخففة ، جمع القائف ، كالحاكة في جمع الحائك ، والقائف : هو الذي يعرف الآثار ويتبعها ،

لأن إثبات النسب من شخصين معًا مع علمنا أن الولد لا يتخلق من مائين متعذر ، فعملنا بالشبه ، وقد سر رسول الله ﷺ بقول القائف في أسامة -رضي الله عنه - ، ولنا كتاب عمر -رضي الله عنه- إلى شريح في هذه الحادثة : لبسا فلبس عليهما ولو بينا لبين لهما ، وهو ابنهما يرثهما ويرثانه ، وهو للباقي منهما ، وكان ذلك بمحضر من الصحابة -رضي الله عنهم-

---

ويعرف شبه الرجل في ولده وأخيه ، من قاف أثره يقوفه . مقلوب ، يقال : يقفوه ، أي تبعه ، ثم « القافية » مشهورة في بني مدلج بن مرة بن عبد مناف بن كنانة بن خزيمة . وقيل : « القافية » في أسد . وبقول الشافعي قال أحمد ، وقال مالك : يعمل به في الإماء دون الحرائر . وبقولنا قال الثوري وإسحاق بن راهويه .

م: (**لأن إثبات النسب من شخصين معًا مع علمنا أن الولد لا يتخلق من مائين متعذر ، فعملنا بالشبه ، وقد سر رسول الله ﷺ بقول القائف في أسامة بن زيد**) ش: هذا أخرجه الأئمة الستة في كتبهم عن سفيان بن عيينة عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله تعالى عنها قالت : دخل علي رسول الله ﷺ ذات يوم مسروراً ، فقال : يا عائشة أتدري أن محرزاً المدلجي دخل علي وعندي أسامة بن زيد وزيداً عليهما قطيفة ، وقد غطى إياه رؤسهما فبدت أقدامهما ، فقال : هذه أقدام بعضها من بعض ، قال أبو داود : وكان أسامة أسود ، وكان زيد أبيض ، وسمي محرز محرزاً ، لأنه كان إذا أمر أحد حلق لحيته وقيل حرز ناصيته ، وقال الشافعي : لو كان العمل بالشبه باطلاً لما سر به رسول الله ﷺ لأنه عليه السلام لا يسر إلا للحق .

م: (**ولنا كتاب عمر رضي الله عنه إلى شريح**) ش: وهو شريح بن الحارث الكوفي ، قاضي الكوفة من كبار التابعين ، عاش مائة وعشرين سنة ، واستقر بها زمان عمر رضي الله تعالى عنه على الكوفة ، ولم يزل بعد ذلك قاضيًا خمسًا وسبعين سنة ، ولم يتعطل عنها إلا ثلاث سنين ؛ امتنع فيها من القضاء في فتنة ابن الزبير رضي الله تعالى عنه ، ومات سنة تسع وسبعين ، ويقال : سنة ثمانين م: (**في هذه الحادثة**) ش: وهي التي كانت فيها دعوى الشريكين مع الولد الذي ولدته الجارية المشتركة بينهما م: (**لبسا**) ش: أي الشريكان ، من لبس الأمر على فلان تلبسًا إذا غماه عليه م: (**فلبس عليهما**) ش: أي النسب بينهما م: (**ولو بينا لبين لهما ، وهو ابنهما يرثهما ويرثانه ، وهو للباقي منهما**) ش: أي الولد للباقي من الشريكين ، يعني إذا مات الولد بعد موت أحدهما يكون الميراث للأب الحي ، ولا شيء لورثة الشريك .

م: (**وكان ذلك بمحضر من الصحابة « رضي الله عنهم»**) ش: أراد به إرادة في سرير المجمع عليه . وقال الأترازي : تحل محل الإجماع ، والحديث رواه البيهقي ، أخرجه عن مبارك بن فضالة عن الحسن عن عمرو وجابر وطئا جارية في شهر واحد فجاءت بغلام فارتفعا إلى عمر رضي الله تعالى عنه فدعى بثلاثة من القافة فاجتمعوا على أن الشبهة بينهما جمعاً ، وكان عمر

وعن علي -رضي الله عنه- مثل ذلك ، ولأنهما استويا في ثبت الاستحقاق فيستويان فيه ، والنسب وإن كان لا يتجزأ ولكن تتعلق به أحكام متجزئة ، فيما يقبل التجزئة يثبت في حقهما على التجزئة، وما لا يقبلها يثبت في حق كل واحد منهما كملاً كأن ليس معه غيره ، إلا إذا كان أحد الشريكين أبًا للآخر ، أو كان أحدهما مسلمًا والآخر ذميًا لوجود المرجح في حق المسلم وهو الإسلام ، وفي حق الأب وهو ماله من الحق في نصيب الابن

قائفًا يقول ، وقال : قد كانت الكلبة تنزو عليها الأسود والأصفر والأغبر ، فيؤدي إلى كل كلب شبهه ، ولم أكن أزهد في الناس حتى رأيت هذا ، فجعله عمر لهما يرثهما ويرثانه ، وهو الباقي منهما . وقال البيهقي : هذا منقطع ومبارك بن فضالة ليس بحجة .

م: (**وعن علي -رضي الله تعالى عنه- مثل ذلك**) ش: أي مثل لما روي عن عمر رضي الله تعالى عنه ، وأخرجه الطحاوي في «شرح الآثار» عن سماك عن مولى لابن مخزوم قال: وقع رجلان على جارية في طهر واحد ، فعلقت الجارية ، فلم يدر من إليهما هو فقافيا عليًا رضي الله تعالى عنه ، فقال : هو لكما يرثكما وترثانه ، وهو الباقي منكما م: (**ولأنهما**) ش: أي الشريكان م: (**استويا في سبب الاستحقاق**) ش: أراد السبب ، لأن الاستحقاق يثبت لا بالملك كان ثابتاً من قبل فلو لم تكن الدعوى ما كان يستحق بمجرد الملك انتهى .

قلت : رواه الكاكي ، فإنه قال سبب استحقاق الملك . وقال الأكمل : **استحقاق الملك وقيل** الدعوى م: (**فيستويان فيه**) ش: أي في الاستحقاق .

م: (**والنسب وإن كان لا يتجزأ**) ش: جواب عن قول الشافعي -رحمه الله - لأن إثبات النسب إلى آخره ، وتقريره أن النسب وإن كان لا يتجزأ م: (**ولكن تتعلق به أحكام متجزئة**) ش: كالنفقة وميراث الولد وولاية التصرف في ماله م: (**فيما يقبل التجزئة يثبت في حقهما على التجزئة ما لا يقبلها**) ش: أي التجزئة م: (**يثبت**) ش: وولاية الإنكاح م: (**في حق كل واحد منهما كملاً كأن ليس معه غيره**) ش: لعدم قبول التجزئة .

م: (**إلا إذا كان أحد الشريكين أبًا للآخر**) ش: هذا استثناء من قوله - وما لا يقبلها - أي ما لا يقبل التجزئة كالنسب في حق كل واحد منهما إلا إذا كان أحد الشريكين أبًا للآخر فادعيا معًا ولد جارية بينهما يكون الأب أولى لوجود الترجيح ، وعلى الأب نصف قيمة الجارية ، وعلى كل واحد نصف العقر ، فيتقاصان .

م: (**أو كان أحدهما مسلماً والآخر ذمياً**) ش: فادعياه معاً ، فالمسلم أولى م: (**لوجود المرجح في حق المسلم ، وهو الإسلام ، وفي حق الأب**) ش: أي وجود المرجح في حق الأب م: (**وهو ما له من الحق في نصيب الابن**) ش: لأن للأب حقيقة الملك في نصيبه وشبهة الملك في نصيب ابنه ، وإذا أسلم المدعي ثم ولدت الأمة فادعياه معاً ثبت نسبه منهما لاستواء حالهما ، وإذا كانت الدعوى

وسرور النبي عليه السلام فيما روي ؛ لأن الكفار كانوا يطعنون في نسب أسامة ، وكان قول القائف مقطعًا لطعنهم فسر به ، وكانت الأمة أم ولدهما لصحة دعوة كل واحد منهما في نصيبه في الولد ، فيصير نصيبه منها أم ولد تبعًا لولدها ، وعلى كل واحد منهما نصف العقر قصاصًا بما له على الآخر ، ويرث الابن من كل واحد منهما ميراث ابن كامل لأنه أقر له بميراثه كله ، وهو حجة في حقه ، ويرثان منه ميراث أب واحد لاستوائهما في النسب كما إذا أقاما البينة. وإذا وطئ المولى جارية مكاتبه فجاءت بولد فادعاه ، فإن صدقه المكاتب ثبت نسب الولد منه، وعن أبي يوسف -رحمه الله- أنه لا يعتبر تصديقه اعتباراً بالأب يدعي ولد جارية ابنه ، ووجه الظاهر وهو الفرق

من ذمي ومرتد فالولد للمرتد ، لأنه أقرب إلى الإسلام وغرم كل واحد لصاحبه نصف العقر ، كذا في «الشامل» .

ثم اعلم أن النسب يثبت من اثنين باتفاق أصحابنا ، وفيما فسرت ذلك اختلفوا ، فعن أبي حنيفة من اثنين فقط . وقال محمد : من ثلاثة لا غير م: (**وسرور النبي ﷺ**) ش: هذا جواب لاحتجاج الخصم بقوله وقد سر النبي ﷺ لقول يقول « القائف » تقرير أن سرور النبي ﷺ م: (**فيما روي**) ش: يجوز على صيغة المعلوم أي فيما روى الشافعي ويجوز على صيغة المجهول .

م: (**لأن الكفار كانوا يطعنون**) ش: بضم العين من باب نصر ، يقال طعن عليه في حسبه طعنا وطعاناً م: (**في نسب أسامة ، وكان قول القائف مقطعها لطعنهم فسر به**) ش: أي فلأجل ذلك فسر به النبي ﷺ م: (**وكانت الأمة أم ولدهما**) ش: أي للشريكين م: (**لصحة دعوى كل واحد منهما في نصيبه من الولد ، فيصير نسبه منهما أم ولد له تبعاً لولدها وعلى كل واحد منهما نصف العقر قصاصاً بما له على الآخر**) ش: بفتح اللام ، أي بالذي له م: (**ويرث الابن من كل واحد منهما ميراث ابن كامل ، لأنه أقر له بميراثه كله ، وهو حجة في حقه ، ويرثان منه ميراث أب واحد لاستوائهما في النسب**) ش: وهو الدعوى م: (**كما إذا أقاما البينة**) ش: أي كل واحد وعلى أب مجهول النسب يكون ذلك بينهما ، فكذا هذا .

م: (**وإذا وطئ المولى جارية مكاتبه فجاءت بولد فادعاه ، فإن صدقه المكاتب ثبت نسب الولد منه ، وعن أبي يوسف أنه لا يعتبر تصديقه**) ش: أي تصديق المكاتب يعني يثبت النسب بمجرد دعوى المولى م: (**اعتباراً بالأب يدعي ولد جارية ابنه**) ش: وقد حملت في ملك الابن لا يشترط التصديق ، بل يثبت النسب بمجرد دعوى الأب فكذا هنا بل أولى لأن دعوة المولى أقوى من دعوى الأب ، لأن المولى له حق في مكاتب المكاتب ، لأن مال الكتابة موقوف على مولاه ، لأن المكاتب عبد ما بقي عليه درهم .

م: (**ووجه الظاهر وهو الفرق**) ش: بين استيلاد جارية الابن حيث يثبت فيه النسب بغير

أن المولى لا يملك التصرف في اكتساب مكاتبه حتى لا يتملكه والأب يملك تملكه ، فلا يعتبر تصديق الابن ، وعليه عقرها لأنه لا يتقدمه الملك لأن ماله من الحق كاف لصحة الاستيلاد ، لما نذكره، وقيمة ولدها لأنه في معنى المغرور حيث إنه اعتمد دليلاً وهو أنه كسب كسبه فلم يرض برقه ، فيكون حراً بالقيمة ثابت النسب منه ، ولا تصير الجارية أم ولد له لأنه لا ملك له فيها حقيقة كما في ولد المغرور. وإن كذبه المكاتب في النسب لم يثبت

تصديق ، وجارية المكاتب حيث يشترط فيها التصديق م: (**أن المولى لا يملك التصرف في اكتساب مكاتبه**) ش: لحجره على نفسه م: (**حتى لا يتملكه**) ش: أي لا يتملك كسب المكاتب عند الحاجة م: (**والأب يملك تملكه**) ش: أي تملك مال ابنه ، لأنه لم يحجر على نصيبه م: (**فلا يعتبر تصديق الابن ، وعليه عقرها**) ش: أي وعلى المولى عقر جارية المكاتب م: (**لأنه لا يتقدمه الملك**) ش: قال الأكمل : لأن الملك لا يتقدم الأصلي .

قال الأترازي : الضمير المنصوب راجع إلى الوطء الذي دل عليه قوله وطيء م: (**لأن ما له من الحق كاف**) ش: أي لأن ما له من حق الملك كاف م: (**لصحة الاستيلاد لما نذكره**) ش: أي نذكر الحق الذي للمولى على المكاتب ، لأنه في مال المكاتب .

قال الأترازي : في قول صاحب «الهداية» نظر ، لأنه قال ماله من الحق كاف لصحة الاستيلاد ، أي ما ثبت للمولى من الحق كاف لصحة الاستيلاد ، والمفهوم منه ثبوت الاستيلاد جارية المكاتب والمنصوص في الكتب عن أصحابنا أن الاستيلاد لا يثبت وهو نفسه يصرح بهذا أيضًا بعد خطين بقوله - ولا تصير الجارية أم ولده - أي للمولى ، فإذا لم تصر الجارية أم ولد له من ابن يصح الاستيلاد ، انتهى . وقال الأكمل بعد أن نقل كلام الأترازي برمته فقال : قيل في كلام المصنف نظر، ثم قال : والجواب أن دلالة لفظ الاستيلاد على طلب نسب الولد أقوى من دلالته على كونه أم ولد فكأن المراد بقوله - لصحة الاستيلاد - لصحة نسب الولد ، لدلالة ما بعده، فإن المصنف أجل قدراً من أن يقع بين كلاميه في سطرين تناقض ، وفيه تأمل معطوف على قوله يقرها . قال : م: (**وقيمة ولدها لأنه في معنى المغرور حيث اعتمد دليلاً وهو أنه**) ش: أي أن الولد م: (**كسبه فلم يرض برقه**) ش: فيكون جواباً لقيمته دفعاً للضرر عن المكاتب ثابت النسب ، أي ولا تصير الجارية أم ولد له ، أي للمولى ، لأنه لا تملك له فيها حقيقة كما في ولد المغرور .
قال الأترازي : كان ينبغي أن يقول كما في المغرور بلا ذكر الولد على معنى أن الجارية لا تصير أم ولد للمغرور لعدم الملك فيها ، وهذا هو حق الكلام ، أما قوله : كما في ولد المغرور متعلق بقوله م: (**فيكون حراً بالقيمة ثابت بالنسب منه**) ش: وحينئذ لابد من ذكر الولد ، وعلى تقديرين أن يكون متعلقاً بقوله م: (**لا تصير الجارية أم ولد له ، لأنه لا ملك له فيها حقيقة**) ش: تقديره م: (**كما في ولد المغرور ، فإن كذبه المكاتب في النسب لم يثبت**) ش: هذا معطوف على قوله - فإن صدقه المكاتب -

لما بينا أنه لابد من تصديقه، فلو ملكه يومًا ثبت نسبه منه لقيام الموجب وزوال حق المكاتب إذ هو المانع.

م: (**لما بينا أنه لا بد من تصديقه فلو ملكه يوماً**) ش: يعني لو ملك المولى بعد تكذيب المكاتب بمولاه م: (**ثبت نسبه منه لقيام الموجب**) ش: وهو الإقرار بالاستيلاد م: (**وزوال حق المكاتب إذ هو المانع**) ش: وقد زال ذلك بالنقل إلى الموت فيثبت النسب لزوال المانع والله أعلم .

فروع : وفي « التكملة» ولا يحل للمولى وطء مكاتبته . ولو وطئها فعليه عقر . وفي «الإسبيجابي» : لو علقت منه كان بالخيار إن شاء عجزت نفسها فصارت أم ولد ، وإن شاءت مضت على الكتابة وأخذت عقرها ، وفي «التنبيه» يلزمه عقرها ، وإن أحلها تصير أم ولد له ، فإن أدت الكتابة عتقت وتعتق بموت سيدها أيضاً . وفي «المغني » : ووطء المكاتب بغير شرط حرام عند الجمهور والأئمة الأربعة ، ولو شرط وطأها فهو باطل أيضاً عند الجمهور . وقال أحمد وابن المسيب : له ذلك عند الشرط ، ولا حد عليه عند أهل العلم . وعن الحسن والزهري يحد . ولو وطئ جارية مكاتبه فعليه عقرها ، وهو قول الشافعي وأحمد . وقال مالك : لا شيء عليه ، لأنها ملكه . وفي «المحيط» يجوز إعتاق أم الولد ، وكتابتها لتعجيل الحرية ، وكذا تدبيرها ، وفي غيرها لا يصح تدبيرها .

وفي «جوامع الفقه» : استولد مدبرة التدبير وتعتق عن جميع المال ، ولا تسعى في الدين . ولو باع خدمة أم الولد منها جاز ، وعتقت كما لو باع رقبة العبد منه هكذا رواه ابن سماعة عن أبي يوسف بيع الخدمة باطل ولا تعتق ، بخلاف رقبتها منها حيث تعتق . ولو ولدت جارية منه وقال لمولاها أصلها لي والولد ولدي ، وصدقه المولى في الإحلال ، وكذبه في الولد ثبت نسبه ، وصارت أم ولد له ، ولو صدقه في الولد ثبت نسبه وهو عبد لمولاه ، والله سبحانه وتعالى أعلم وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم .

***

كتاب الأيمان

قال : الأيمان على ثلاثة أضرب : اليمين الغموس ، واليمين المنعقدة ، واليمين اللغو

م: (كتاب الأيمان)

ش: أي هذا كتاب في بيان أحكام الأيمان وهو جمع يمين ، وهو في اللغة القوة ، ومنه قوله تعالى : ﴿ لأخذنا منه باليمين ﴾ م: (الحاقة الآية ٤٥) ، أي بالقوة . وفي الشريعة عقد قوي عزم الخالق على الفعل أو الترك ، وقال : النفي اليمين تقوية أحد طرفي الجزء بالقسم به ، وطرفا الجزء الصدق والكذب .

واليمين على ضربين يمين هي قسم وهو اليمين بالله عز وجل ، ويمين هي الشرط والجزاء مثل تعليق الطلاق والعتاق ونحو ذلك بشرط ، وهو يمين بعرف أهل الشرع ، وأسماؤه ستة : قسم ويمين وحلف وعهد وميثاق وإيلاء ولليمين شرط ، وهو كون الحالف مكالفًا ، وسبب وهو إرادة تحقيق ما قصده ، وركن ، وهو اللفظ الذي ينعقد به اليمين ، وحكم وهو البر ، فما تجب البر فيه والكفارة على قرابة ، وإنما قيل فيما يجب فيه البر ، لأن من الأيمان ما يجب فيه الحنث على ما يجيء إن شاء الله تعالى .

م: (قال) ش: أي القدوري م: (**الأيمان على ثلاثة أضرب**) ش: أي على ثلاثة أنواع م: (**اليمين الغموس ، واليمين المنعقدة ، واليمين اللغو**) ش: قال في «المغرب» الصواب أن يقال على ثلاثة أضرب ، وإن كانت الرواية محفوظة بالتاء فعلى تأويل الأقسام . قوله - يمين الغموس- قال الأترازي : هذا من إضافة الجزء إلى نوعه ، كقولهم علم الطب ، فخرج منه الجواب عما يقال أن الموصوف لا يضاف إلى صفته وبالعكس .

وقال الكاكي : الأصح من النحاة اليمين الغموس صفة لليمين ، وما قيل أنه من إضافة الجنس إلى نوعه كعلم الطب غير صحيح لأن الطب ليس بصفة ، ثم وجه الإنحصار بين الثلاثة أن اليمين لا يخلو إما أن يكون فيها مؤاخذة ، أو الثاني الأخير ، والأولى إن كانت المؤاخذة في الدنيا فهو المنعقدة . وإن كانت المؤاخذة في العقبى فهو الغموس وفي «الإيضاح » : والأقسام الثلاثة إنما ستأتي في اليمين بالله تعالى .

و«اليمين» في وجوب الحفظ أربعة أنواع : ما يجب فيها البر وهو الحلف على فعل طاعة أو ترك معصية ، وذلك فرض عليه ، وبالحلف يزداد وكادة ، وما لا يجوز حفظها وهو الحلف على ترك طاعة أو فعل معصية ، وما لا يخير فيه بين الحنث والبر ، والحنث خير من البر فيندب فيه الحنث .

قال عليه السلام : «من حلف على يمين ورأى غيرها خير منها فليأت بالذي هو خير . . . »

فالغموس : هو الحلف على أمر ماض يتعمد الكذب فيه ، فهذه اليمين يأثم فيها صاحبها؛ لقوله عليه السلام : «من حلف كاذبًا أدخله الله النار »

الحديث وأدنى الأمر الندب ، وما ينوي فيه البر والحنث في الإباحة فنحى بينهما ، وحفظهما أولى لقوله تعالى ﴿ **واحفظوا أيمانكم** ﴾ المائدة الآية ٨٩ ، وحفظ اليمين بعد وجوبها بالبر ، ومتى حنث في اليمين المنعقدة فعليه الكفارة بالنص وإجماع الأمة .

«والغموس» على وزن فعول للمبالغة ، سميت به لأنها تغمس صاحبها في النار ، وقيل لأنها تغمس صاحبها في الإثم لأنه تعمد فيها الكذب .

م: (**فالغموس : هو الحلف على أمر ماض يتعمد الكذب فيه**) ش: على إثبات شيء أو نفيه ، وسواء كان ماضيًا أو حالاً ، نظير الماضي قول الرجل والله ما فعلت ذلك الأمر ، هو عالم بأنه قوله .

ونظير الحال قوله والله إنه زيد مع علمه إنه عمرو ، وما أشبهه . وقول المصنف - على أمر ماض - وهو عبارة القدوري ، فلذلك اقتصر المصنف عليه ، ويشير قوله - على أمر ماض - قيدوا لها الماضي والحال ، سواء لأن الغموس لا يتحقق في الحال أيضًا ، ولكنه اقتصر على الماضي بناء على الغالب ، لأن الماضي شرط ، ولهذا صرح صاحب «التحفة» وغيره : أن الغموس يتحقق في الحال أيضًا . وفي «شرح الكافي» : اليمين الغموس ليست يمين في الحقيقة ، لأن اليمين عقد مشروع ، وهذه كبيرة محضة ، وهي ضد المشروع ، ولكن سمي يمينًا مجازًا لارتكاب هذه الكبيرة باستعمال صورة اليمين ، وفي البخاري عن عبد الله بن عروة عن النبي ﷺ قال : «الكبائر : الإشراك بالله وعقوق الوالدين واليمين الغموس » .

م: (**فهذه اليمين يأثم فيها صاحبها لقوله عليه السلام**) ش: أي لقول النبي ﷺ م: (**من حلف كاذبًا أدخله الله النار**) ش: هذا الحديث غريب بهذا اللفظ ، ولكن ورد في صحيح ابن حبان من حديث أبي أمامة قال قال رسول الله ﷺ : «من حلف على يمين هو فيها فاجر ليقطع بها مال امرء مسلم ، حرم الله عليه الجنة ، وأدخله النار» (١) وفي الصحيحين من حديث ابن مسعود رضي الله عنه «لقي الله وهو عليه غضبان» ، وفي سنن أبي داود من حديث عمران بن حصين قال : قال رسول الله ﷺ: « من حلف على يمين مصبورة كاذبًا فليتبوأ مقعده من النار»(٢)، وقال الأترازي : ألزم بها وحبس عليها وكانت لازمة لصاحبها من جهة الحكم ، وقيل لها مصبورة وإن كان صاحبها هو المصبور لأنه إنما صبر من أجلها أي حبس ووصف بالصبر وأضيف إليه مجازًا .

---

(١) صحيح ابن حبان [١١٨٨/ موارد]

(٢) أبو داود [٣٢٤٢] ، وقال ابن همام في الفتح (٤/ ٣) والمراد بالمصبورة الملزمة بالقضاء والحكم - أي المحبوس عليها - لأنَّها مصبورة عليها .

ولا كفارة فيها إلا التوبة والاستغفار، وقال الشافعي رحمه الله: وفيها الكفارة لأنها شرعت لرفع ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى ، وقد تحقق بالاستشهاد بالله كاذبًا فأشبه المعقودة . ولنا أنها كبيرة محضة ، والكفارة عبادة حتى تتأدى بالصوم ، ويشترط فيها النية ، فلا تناط بها،بخلاف المعقودة ؛ لأنها مباحة

م: (**ولا كفارة فيها إلا التوبة والاستغفار**) ش: وبه قال مالك وأحمد - رحمهما الله - وكذا أهل العلم منهم عبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس رضي الله تعالى عنهم وسعيد بن المسيب والحسن البصري والأوزاعي والثوري والليث وأبو عبيد وأبو ثور وأصحاب الحديث وداود الظاهري .

م: (**وقال الشافعي: فيها الكفارة**) ش: وهو قول الزهري ومحمد بن مسلم وعطاء بن أبي رباح م: (**لأنها**) ش: أي لأن الكفارة م: (**شرعت لرفع ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى**) ش: فيه تتابع الإضافات م: (**وقد تحقق**) ش: أي الهتك م: (**بالاستشهاد بالله**) ش: أي الحلف بالله حال كونه م: (**كاذبًا فأشبه المعقودة**) ش: أي اليمين المعقودة .

م: (**ولنا أنها**) ش: أي اليمين الغموس م: (**كبيرة محضة**) ش: لما روى البخاري من حديث عبدالله بن عمر قال : قال النبي ﷺ :« من الكبائر الإشراك بالله» وقد مضى الآن ، ولو كان بها كفارة لذكرها . وقال الكاكي : والجمهور قوله عليه السلام : « خمس من الكبائر لا كفارة فيهن ، وعد منها اليمين الفاجرة» ، رواه أبو الفرج .

وقال ابن المنذر : لا نعلم خبرًا يدل على ما قال الشافعي من وجوب الكفارة م: (**والكفارة عبادة حتى تتأدى بالصوم ، ويشترط فيها النية**) ش: والمشروعات ثلاثة أنواع : عبادة محضة ، وسببها مباح ، وعقوبة محضة وسببها حرام محض ، وكفارات مترددة بين العبادة والعقوبة ، ويشترط لها النية كسائر العبادات والنية لا تشترط في العقوبات م: (**فلا تناط بها**) ش: أي فلا تناط الكفارة بالكبيرة يعني أن اليمين الغموس بما كانت كبيرة محضة لم تكن مناطًا لكفارة التي هي عبادة ، بدليل أدائها بالصوم .

م: (**بخلاف المعقودة**) ش: أي بخلاف اليمين المنعقدة ، فإنها ليست بكبيرة م: (**لأنها مباحة**) ش: فجاز أن يناط بها لعبادة . وقال الأكمل : وفيه بحث من وجوه :

الأول : لو كان ما ذكرتم صحيحًا لما وجبت الكفارة على المظاهر لكون الظهار منكرًا من القول وزورًا ، وهذا نقض إجمال .

الثاني : ما وجبت بالأدنى وجبت بالأعلى بطريق الأولى .

الثالث : الكبيرة سيئة ، والعبادة حسنة وأشباهها إياها مباح بها ،لقوله عليه السلام : « أتبع

ولو كان فيها ذنب فهو متأخر متعلق باختيار مبتدأ ، وما في الغموس ملازم ، فيمتنع الإلحاق بها ، والمنعقدة ما يحلف على أمر في المستقبل أن يفعله أو لا يفعله ، وإذا حنث في ذلك لزمته الكفارة لقوله تعالى: ﴿ لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ، ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان ﴾ (البقرة: الآية ٢٢٥) ، وهو ما ذكرنا ، ويمين اللغو : أن يحلف على أمر ماض ، وهو يظن أنه كما قال والأمر بخلافه ، فهذه اليمين نرجو أن لا يؤاخذ الله بها صاحبها

السيئة الحسنة تمحها » .

والجواب الأول : أن الكفارة لم تجب بالظهار ، بل بالعود الذي هو العزم على الوطء ، وهو مباح .

وعن الثاني : بأنه لا يلزم من رفع الأضعف شيء رفع الأقوى به .

وعن الثالث : بأن الحسنة تمحو السيئة المقابلة لها ، ومقابلة هذه الحسنة بهذه السيئة ممنوعة ، بل المظنون خلاف المقابلة لقوله عليه السلام : « خمس من الكبائر لا كفارة فيهن . . . الحديث » ولو كان فيها ذنب هذا جواب عما يقال المباح هو ما لا يكون فيه ذنب ، والمنعقدة فيها ذنب فلا تكون متأخرة فلا تناط بها العبادة كما ذكرتم .

م: (**ولو كان فيها**) ش: أي في المنعقدة م: (**ذنب فهو متأخر**) ش: عن اليمين بالحنث م: (**متعلق باختيار مبتدأ**) ش: ففيما يفعل اختياري م: (**وما في الغموس ملازم**) ش: إنما في الغموس من الذنب ملازم لا يفارقها لا ابتداء ولا انتهاء ، فإذا كان كذلك م: (**فيمتنع الإلحاق بها**) ش: أي بالمنعقد فلا يصلح إلحاق الغموس بالمنعقدة قياسًا عليها . وقال الأكمل : وفي هذا الجواب تلويح إلى الجواب عن قوله فأشبه المعقود . م: (**والمنعقدة**) ش: أي اليمين المنعقدة م: (**ما يحلف**) ش: الحالف م: (**على أمر في المستقبل أن يفعله أو لا يفعله**) ش: مثال الفعل والله لأدخلن دارك مثلا ، ومثال عدم الفعل والله لا أكلم فلانًا مثلاً م: (**وإذا حنث في ذلك**) ش: أي في إتيانه باليمين المنعقدة م: (**لزمته الكفارة لقوله تعالى : ﴿ لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان ﴾**[البقرة الآية ٢٢٥] ، م: (**وهو ما ذكرنا**) ش: أي المراد من قوله تعالى ﴿ **بما عقَّدتم الأيمان** ﴾ ما ذكرنا من قولنا ، والمنعقدة ما يحلف على أمر في المستقبل أن يفعله أو لا يفعله ، يعني حقيقة ما نص في الآية ما ذكرنا . م: (**ويمين اللغو : أن يحلف على أمر ماض ، وهو**) ش: أي الحال أنه م: (**يظن أنه كما قال**) ش: يعني ظن أن الأمر كما ذكره لقوله والله لقد دخلت الدار ، والله ما كلمت زيدًا م: (**والأمر بخلافه**) ش: أي والحال أن الأمر بخلاف ما كان يظنه م: (**فهذه اليمين**) ش: أي يمين اللغو هذه حكمها م: (**نرجو أن لا يؤاخذ الله بها**) ش: أي بهذه اليمين اللغو م: (**صاحبها**) ش: . وذلك لأن يمين اليمين اللغو لا حكم لها أصلاً لقوله تعالى : ﴿ **لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم**﴾ [البقرة الآية ٢٢٥] ، أي لا يؤاخذكم الله بلغو اليمين يحلفه أحدكم بالظن ، وفي« الشامل» وعن الشافعي

ومن اللغـو أن يقول والله إنه لزيد وهو يظنه زيداً وإنما هو عـمرو. والأصل فـيه قولـه تعالى ﴿ لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم ﴾ ..... الآية (البقرة : الآية ٢٢٥) ، إلا أنه علقه بالرجاء للاختلاف في تفسيره .

اللغو اليمين التي لم يقصدها في الماضي والمستقبل . وهو إحدى الروايتين عن محمد - رحمه الله .

وفي «التحفة» قال الشافعي فيمين اللغو هي اليمين التي تجري على لسان الحالف من غير قصد ، مثل قوله لا والله ، بلى والله ، أو كان بغير القرآن ، فجرى على لسانه اليمين .

وقال الكاكي : وعن محمد يمين اللغو هو قول الرجل لا والله وبلى والله في كلامه ، وهو مروي عن عائشة موقوفًا ومرفوعًا . وعن ابن عباس رضي الله عنه في رواية قال الشافعي وأحمد ومحمد في رواية . وقال الشافعي في رواية مثلها ذكرها صاحب «التحفة» ، وهو قول محمد في رواية . وعن مالك أن اللغو هو اليمين الغموس ، كذا نقل عن الشافعية . وقال إبراهيم النخعي : لغو اليمين أن يحلف ناسيًا على ماض أو مستقبل . وقال الشعبي ومسروق : لغو اليمين أن يحلف على معصية ، ويتركها ، فيكون لاغيًا ليمينه . وقال سعيد بن جبير : لغو اليمين أن يحرم على نفسه ما أحل الله له من قول أو عمل .

م: (**ومن اللغـو**) ش:أي ومن يمين اللغو م: (**أن يقـول الرجل والله إنـه لزيد ، وهو**) ش: أي والحال م: (**يظنه زيداً وإنما هو عـمـرو**) ش: وكذا إذا رأى طائراً من بعد فظنه غرابًا فقال والله إنه غراب فإذا هو حمام م: (**والأصل فيه**) ش: أي في اللغو اليمين ﴿ **قوله تعالى م: (لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم** ﴾ **الآية** [البقرة الآية ٢٢٥] ﴿ **بما عقدتم الأيمان** ﴾ وقد مر تفسيره الآن م: (**إلا أنه علقه بالرجاء**) ش: أي غير أن محمداً علقه بالرجاء . قال الكاكي : هذا جواب عن سؤال مقدر ، ذكره في «المبسوط» .

فإن قيل ما معنى تعلق محمد بنفي المؤاخذة بالرجاء وعدم المؤاخذة في اللغو منصوص وما عزاه بالنص فهو مقطوع به قلنا نعم ،ولكن صورة مالك اليمين مختلف فيها بالرجاء نفي المؤاخذة في اللغو بالصورة التي ذكرها ، وذلك غير معلوم بالنص ، مع أنه لم يرد بذلك اللفظ التعليق بالرجاء أراد به التعظيم والتبرك بذكر اسم الله تعالى ، كما روي أنه عليه السلام مر بالمقابر ، فقال السلام عليكم دار قوم مؤمنين ، وإنا إن شاء الله بكم لاحقون .

وما ذكر الاستثناء بمعنى المثل فإنه كان يتعين بالموت ، قال الله تعالى : ﴿ **إنك ميت** ﴾ الآية ، ولكن معنى الاستثناء مما ذكر من الاختلاف في تفسير اللغو على ما ذكرناه وعلى ما نذكره إن شاء الله تعالى .

وقال الأترازي قوله - الآية - علقه بالرجاء ، هذا جواب سؤال مقدر بأن يقال كيف علق القدوري عدم المؤاخذة بالرجاء في قوله فهذه اليمين نرجو أن لا يؤاخذ الله بها صاحبها وعدم المؤاخذة مقطوع بالنص في اللغو ، قال الله تعالى : ﴿ لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ﴾ [البقرة الآية ٢٢٥] .

فأجاب عنه وقال نعم ، لكن م: (للاختلاف في تفسيره) ش: أي في تفسير اللغو ، فأورث شبهة ، فلهذا لم يقطع القول بعدم المؤاخذة فيما فسره من اللغو ، وقد اقتدى القدوري بمحمد بن الحسن - رحمه الله - انتهى . قلت : هذا كما رأيت فاعل قوله علقه لمحمد بن الحسن على ما ذكر الكاكي ، وعلى ما ذكره الأترازي هو القدوري ، فتأمل أيما صواب .

وقال الزجاج في تفسير اللغو : يقال لغوت لغواً ولغوت الغي لغواً ، مثل للغي ورحت التكلم بحرث الحو والحي محواً ، ويقال لغيت في الكلام ألغي لغواً لغي إذا أتيت بلغو ، أو كل ما لا خير فيه مما يريم فيه اللغي ورقة التكلم ، أو يكون غير محتاج إليه في الكلام فهو لغو ولغا .

قال الزجاج : وقال الجوهري : لغا يلغو لغواً ، أي قال باطلاً ، ونباح الكلب لغو أيضًا ، ولغي بالكسر لغى والأغية اللغو ورروى الزمخشري عن مجاهد هو الرجل يحلف على الشيء ويرى أنه كذلك ، وليس كما ظن ، وروي أن الحسن سئل عن لغو اليمين ،وعنده الفرزدققال : يا أبا سعيد دعني أجب عنك ، فقال وليت بمأخوذ ويغلو بقوله :[إذا لم تغمد عاقدات العزائم][1] .

ذكره في تفسير سورة المائدة . وقال أيضًا في سورة البقرة اللغو الساقط الذي لا يعتد به في كلام وغيره ، ولذلك قيل لما لا يعتد به في الدية من أولاد الإبل لغو . وقال شمس الأئمة السرخسي في أصوله قال علماؤنا : اللغو ما يكون خاليًا عن فائدة اليمين شرعًا ووصفًا ، فإن فائدة اليمين إظهار الصدق من الخبر ، فإذا أضيف إلى خبر ليس فيه احتمال الصدق كان خاليًا عن فائدة اليمين ، وكان لغواً .

م: (قال) ش: أي القدوري م: (والقاصد في اليمين والمكره والناسي سواء) ش: الناسي هو الذي أراد أن يتكلم بكلام ، فجرى على لسانه اليمين وهو خاطئ حقيقة ، كذا ذكره في التقويم ، وقيل الناسي هو الذي يذهل عن التلفظ باليمين ثم يذكر أنه تلفظ باليمين ناسيًا .

وفي بعض النسخ ذكر «الخاطئ» مكان الناسي م: (حتى تجب الكفارة) ش: بيان نتيجة كون القاصد في اليمين والمكره والناسي سواء يعني لا فرق في وجوب الكفارة على هؤلاء جميعًا م:

---

(١) كذا في المخطوط .

لقوله عليه السلام: ثلاث جدهن جد وهزلهن جد : النكاح والطلاق واليمين . والشافعي -رحمه الله -يخالفنا في ذلك

(**لقوله عليه السلام**) ش: أي لقول النبي ﷺ م: (**ثلاث جدهن جد وهزلهن جد ، النكاح والطلاق واليمين**) ش: هذا الحديث ذكره المصنف - رحمه الله - هكذا وبعض الفقهاء يجعل عوض اليمين العتاق ، ومنهم صاحب الخلاصة والغزالي في «الوسيط» وغيرهما ، وكلاهما غريب ، وإنما الحديث النكاح والطلاق ، والرجعة . أخرجه أبو داود والترمذي وابن ماجة عن عبد الرحمن بن حبيب بن أردك عن عطاء بن أبي رباح عن ابن ماهك عن أبي هريرة رضي الله عنه قال قال رسو الله ﷺ : « **ثلاث جدهن جد وهزلهن جد ، النكاح والطلاق والرجعة**[1] » انتهى .

وقد غلط النووي الغزالي في «تذهيب الأسماء واللغات» ، فقال : وقد وقع هذا الحديث في «الوسيط» النكاح والطلاق والعتاق ، وليس بصواب ، وإنما الصواب الرجعة .

قلت : فيه نظر ، روى الحارث بن أبي أسامة في مسنده حدثنا بشر بن عمر حدثنا ابن لهيعة عن عبد الله بن أبي جعفر عن عبادة بن الصامت أن رسول الله ﷺ قال : « لا يجوز اللعب في ثلاث ، الطلاق والنكاح والعتاق » [. . . . . .] . وروى الطبراني من حديث فضالة بن عبيد بلفظ : « ثلاثة لا يجوز اللعب فيهن الطلاق والنكاح والعتاق»[2] .

وفيه ابن لهيعة كما مر وما قيل الكلام أن لفظ الحديث هو الذي رواه أبو داود والترمذي كما مر ورواه الترمذي وصححه الحاكم وليس فيه لفظ اليمين ، وشراح «الهداية» كلهم سكتوا عن هذا غير أن الأترازي قال في شرحه : لنا ما روى أصحابنا عن النبي ﷺ أنه قال ثلاث . . . إلى آخره، ولو سكت مثل غيره لكان أوجه .

م: (**والشافعي - رحمه الله - يخالفنا في ذلك**) ش: أي فيما ذكر من يمين المكره والناسي فإنه يقول لا ينعقد بينهما ، واحتج بقوله عليه السلام: « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » وأجاب أصحابنا عنه بأنه ليس المراد منه حقيقة الخطأ والنسيان ، والإكراه ، لأنها ليست بمرفوعة حقيقة بدليل وقوعها حسًا ، وإنما المراد منه الحكم وهو إما حكم الدنيا أو حكم الآخرة ، والأول بدليل وجوب الكفارة والدية في القتل الخطأ، وهو من أحكام الزنا . وكذا يجب الغسل مما إذا جامع المكره على الزنا يفسد حجه وصومه ، وذلك من أحكام الدنيا فتعين الثاني هو رفع الإثم .

فإن قلت : لا يثبت الكفر مع الإكراه فينبغي أن لا ينعقد اليمين به كالنوم والجنون ، وأن لا

---

(١) النسائي [٣٥٥١] ، أبو داود [٣٢٦١] ، الترمذي [١٥٨٥] ، ابن ماجة [٢١٠٥] .

(٢) الترمذي [١٥٨٧] ، النسائي [٣٥٨٨] ، ابن ماجة [٢١٠٤] .

وسنبين ذلك في الإكراه إن شاء الله تعالى ، ومن فعل المحلوف عليه مكرهًا أو ناسيًا فهو سواء؛ لأن الفعل الحقيقي لا ينعدم بالإكراه وهو الشرط . وكذا إذا فعله وهو مغمى عليه أو مجنون لتحقق الشرط حقيقة . ولو كانت الحكمة رفع الذنب ، فالحكم يدار على دليله وهو الحنث لا على حقيقة الذنب ، والله تعالى أعلم بالصواب .

يسلم صحة القياس لعدم المماثلة بين [المكره] والمغمى عليه ، لأن النوم والجنون نافيان التكليف بخلاف الإكراه ولهذا أباح شرب الخمر للمكره ، ويحرم عليه قتل النفس والزنا ، وذلك آية الخطاب . م: (**وسنبين ذلك في الإكراه إن شاء الله تعالى**) ش: إن أراد به ما ذكره في كتاب الإكراه بقوله - وكذا اليمين والظهار لا يعمل فيهما الإكراه لعدم احتمالهما الفسخ .

م: (**ومن فعل المحلوف عليه مكرهًا أو ناسيًا فهو سواء**) ش: يعني إذا حلف لا يفعل شيئًا وكان طائعًا في الحلف ثم فعله وهو مكره أو ناس يحنث وبه قال مالك والشافعي في قول وأحمد في رواية . وقال الشافعي في الأصح وأحمد في رواية : لا يحنث للحديث المذكور ، وهو أنه قد مر . وكذا عندنا على ما يجيء إذا فعل المحلوف عليه وهو مغمى عليه أو مجنون لتحقق الشرط حقيقة ، وقد وجد وهو الفعل الحق لأنه لا ينعدم بالإكراه .

فإن قلت : اليمين يقوى بها الحالف على الفعل أو الترك ، وهو من الأفعال الاختيارية ، فكيف يكون الناسي فيه كالقاصد .

قلت : ذلك هو القياس ، وقد ترك بالنص لا يقال النص معارض بقوله عليه السلام : «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان . . . » الحديث . [. . . . .] .

م: (**لأن الفعل الحقيقي**) ش: الذي يوجد حسًا م: (**لا ينعدم بالإكراه وهو الشرط**) ش: أي وجود الفعل الحقيقي ، وهو الشرط وقد وجد م: (**وكذا إذا فعله وهو مغمى عليه أو مجنون**) ش: هذا ذكره المصنف تفريعًا لعلة القدوري ، لأن قوله ومن فعل المحلوف عليه مكرهًا أو ناسيًا فهو سواء للفظ القدوري ، يعني إذا حلف وهو صحيح العقل ثم فعل المحلوف عليه في حال الإغماء أو الجنون يجب عليه الكفارة م: (**لتحقق الشرط حقيقة**) ش: الشرط هو الحنث وقد تحقق حقيقة الشروط . م: (**ولو كانت الحكمة رفع الذنب**) ش: هذا جواب عما يقال الحكم في شرع الكفارة رفع الذنب ، لأنها ستارة كاسمها ، ولا ذنب للمجنون والمغمى عليه فعلاً لعدم الفهم فينبغي أن لا يحنث ولا يجب عليهما الكفارة .

فأجاب بقوله - ولو كانت الحكمة - أي مشروعية الكفارة رفع الذنب على تقدير التسليم م: (**فالحكم**) ش: أي حكم الكفارة م: (**يدار على دليله**) ش: أي دليل الذنب م: (**وهو الحنث في اليمين لا على حقيقة الذنب**) ش: كما في الاستبراء ، فإنه يجب على المشتري لوجود دليل الشغل ، وإن لم يوجد حقيقة الشغل .

....

قال الأكمل : ولقائل أن يقول إقامة الدليل مقام المدلول لدوران الحكم عليه إنما يكون إذا كان المدلول أمرًا خفيًا عن الأصل فيدور عليه .

وإن لم يتصور المدلول في بعض الصور كما ذكرت من شغل الرحم ، والمدلول وهو الذنب في هذه الصورة عند الحنث محقق الظاهر ، فلا يصح إقامة الدليل مقام المدلول .

* * *

باب ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا

قال : واليمين بالله تعالى أو باسم آخر من أسماء الله تعالى كالرحمن والرحيم أو بصفة من صفاته التي يحلف بها عرفًا كعزة الله وجلاله وكبريائه ، لأن الحلف بها متعارف ، ومعنى اليمين وهو القوة حاصل ، لأنه يعتقد تعظيم الله وصفاته ، فصلح ذكره

م: (**باب ما يكون يمينًا وما لا يكون يمينًا**)

ش: أي هذا باب في بيان ما يكون يمينًا من الألفاظ وما لا يكون يمينًا .

م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**واليمين بالله**) ش: أي بلفظ الله لقوله عليه السلام : «من كان حالفًا فليحلف بالله أو ليصمت» رواه مالك في الموطأ م: (**أو باسم آخر**) ش: أي اليمين باسم آخر م: (**من أسماء الله -عز وجل- كالرحمن والرحيم**) ش: قال الكاكي ثم جميع أسماء الله تعالى في ذلك سواء يفارق الناس الحلف به أولاً ، وهو الظاهر من مذهب أصحابنا وهو الصحيح ، وبه قال مالك وأحمد والشافعي وقوله للحديث المذكور .

والحلف بجميع أسمائه حلف بالله . وذكر شمس الأئمة البيهقي في «الشامل» ، ثم اليمين اسم آخر من أسماء الله تعالى إذا كان اسمًا لا يشارك فيه غيره يكون يمينًا ، لأنه لا يحتمل غير اليمين .

ولو حلف باسم يشارك فيه غيره كالحكم والعزيز إن نوى به يكون يمينًا ، وإلا فلا لأنه يحتمل وسوى في «التحفة» بين أن يكون اسمًا خاصًا لله تعالى ، أو اسمًا يشارك فيه غيره . وقال الأترازي : فيه نظر لأنه بالإجمال لا يتعين اسم الله مرادًا .

م: (**أو بصفة**) ش: أي اليمين بصفة م: (**من صفاته التي يحلف بها عرفًا كعزة الله وجلاله وكبريائه ، لأن الحلف بها متعارف**) ش: أي الحلف بصفة من صفاته متعارف المراد بالصفة هي الحقيقة وهي المعنى القائم بالذات اسمًا لعزة ونحوها لا لصفة ألحق به كقولك مررت برجل قائم ، قال الأترازي : ثم صفاته تعالى إن كان من صفات الذات يجوز اليمين بها، وإن كانت من صفات الفعل ، فلا يجوز اليمين بها . والفصل بينهما أن كل ما لا يجوز أن يوصف الله بضده فهي من صفات الذات كعزة الله تعالى وجلاله وكبريائه وقدرته إلا العلم فإن اليمين به لا يجوز لجواز إرادة المعلوم كما قال الله تعالى : ﴿ **ولا يحيطون بشيء من علمه** ﴾ [البقرة الآية ٢٢٥]، أي من معلوماته ، كذا قال الزمخشري . وكل ما يجوز أن يوصف الله عز وجل بضده ، فهي من صفات الفعل كالرحمة والغضب والسخط عليها على ما يجيء الآن .

م: (**ومعنى اليمين وهو القوة حاصل**) ش: أي في صفاته التي علق بها عرفًا م: (**لأنه**) ش: أي لأن الحالف م: (**يعتقد بعظمة الله وصفاته فصلح ذكره**) ش: أي ذكر الحالف اسم الله تعالى وصفاته

حاملاً ومانعًا . قال : إلا قوله وعلم الله ، فإنه لا يكون يمينًا لأنه غير متعارف ، ولأنه يذكر ويراد به المعلوم ، يقال : اللهم اغفر علمك فينا ، أي معلوماتك .

صلح م: (**حاملاً**) ش: على اليمين م: (**ومانعًا**) ش: حاصل الكلام أن يقال إن مبنى الأيمان على العرف فما تعارف الناس الحلف به يكون يمينًا وإلا فلا وهو اختيار مشايخ ما وراء النهر لأن اليمين إنما يعتقد للحمل أو المنع .

وذا إنما يكون بما يعتقد الحالف تعظيمه ، وكل مؤمن يعتقد بعظمة الله وصفاته ، إذ هو معظم بجميع أسمائه وصفاته ، فصارت حرمة ذاته وصفاته حاملاً أو مانعًا على ما قصد الحالف نفيًا وإثباتًا .

وفي «المبسوط» قال مشايخنا العراقيون الحلف بصفات الذات كالقدرة والعظمة والعزة والجلال والكبرياء غير ، والحلف بصفات الفعل كالرحمة والسخط والغضب ، ولا يكون يمينًا ، وقالوا ذكر صفات الذات لذكر الذات وذكر صفات الفعل ليس لذكر الذات ، والحلف بالله مشروع دون غيره .

وعلى هذا ينبغي أن يكون وعلم الله ، يمينًا ، لأنه من صفات الذات ولكنهم تركوا هذا القياس ، لأن العلم يذكر ويراد به المعلوم بجميع .

م: (**قال إلا قوله وعلم الله**) ش: وفي بعض النسخ قال ، أي القدوري إلا قوله وعلم الله ، وهذا مستثنى منقطع من قوله - أو بصفة من صفاته - التي يحلف بها عرفًا م: (**فإنه**) ش: أي فإن الحلف بعلم الله م: (**لا يكون يمينًا ، لأنه غير متعارف**) ش: لأن اليمين إذا لم يكن متعارفًا كان استثناء عن العرف منقطعًا .

وقال الشيخ أبو نصر : هذا الذي ذكره القدوري استحسانًا ، والقياس أن يكون يمينًا ، وبه قال الشافعي - رحمه الله - قلت : قال الشافعي : إذا قال وعلم الله أو قدرة الله تعالى ، ونوى به اليمين أو أطلق فهو يمين ، ولو قال أردت المعلوم أو المقدور لم يكن يمينًا ، وكذا في خلق الله ورزق الله لم يكن يمينًا بلا نية وقال مالك : لا ينعقد اليمين بصفات الفعل ، وبه قال أحمد في رواية لأنه مشترك ، ومع الاشتراك حرمة له فلا ينعقد اليمين به ، وعن أحمد في القدرة مثل قولنا .

م: (**ولأنه**) ش: أي ولأن العلم م: (**يذكر ويراد به المعلوم ، يقال اللهم اغفر علمك فينا أي معلوماتك**) .

ش: فإن قلت : على هذا القدرة فإنها تصح بها اليمين مع صحة إرادة المقدور ، وبهذا يقال أنظر إلى قدرة الله تعالى .

قلت : لا نسلم لأن المقدور بالموجود خرج أن يكون مقدورًا ، لأن التحصيل محل ، فلم

ولو قال وغضب الله وسخطه لم يكن حالفًا ، وكذا ورحمة الله ، لأن الحلف بهما غير متعارف ، ولأن الرحمة قد يراد بها أثرها وهو المطر أو الجنة والغضب والسخط يراد بهما العقوبة . ومن حلف بغير الله لم يكن حالفًا كالنبي والكعبة ؛ لقوله عليه السلام : من كان منكم حالفًا فليحلف بالله أو ليذر . وكذا إذا حلف بالقرآن لأنه غير متعارف

يحتمل إرادة بالحلف وقيل الموجود معدوم ولا تعارف في الحلف بالمعدوم ، فكان المراد بالحلف بالقدرة هي الصفة القائمة بذات الله تعالى ، بخلاف العلم إذا أريد به المعلوم ، حيث لا يخرج المعلوم عن أن يكون معلومًا بالوجود ، فظهر الفرق بين العلم والقدرة .

م: (**ولو قال وغضب الله وسخطه لم يكن حالفًا**) ش: وكذا إذا قال وعذاب الله أو ثوابه أو رضاه ، وبه صرح الحاكم في« الكافي» م: (**وكذا**) ش: أي وكذا ليس يمين إذا قال م: (**ورحمة الله لأن الحلف بهما**) ش: أي بغضب الله وبرحمته م: (**غير متعارف**) ش: لأن الأصل أن كل ما يتعارفه العرف يمينًا ولم يرد به النهي في الشريعة كان يمينًا وكل ما لا يتعارفه العرف يمينًا لا يكون يمينًا م: (**ولأن الرحمة قد**) ش: يذكر م: (**يراد بها أثرها وهو المطر**) ش: قيل هذا منقوض ، بقدرة الله تعالى فإنه يقال انظر إلى قدرة الله تعالى ، والمراد أثره ، [. . . . .] ، ومع ذلك يحلف بها م: (**أو الجنة**) ش: أي يذكر الرحمة ويرد بها الجنة ، قال الله عز وجل ﴿ **ففي رحمة الله هم فيها خالدون** ﴾ .

م: (**والغضب**) ش: مبتدأ م: (**والسخط**) ش: عطف عليه وقوله م: (**يراد بهما العقوبة**) ش: خبر المبتدأ ، ولو قال وأمانة الله يكون يمينًا ، لأن معناه والله اليمين ، وأنه من صفات ذاته ، كذا في «الشامل» وهذا الخلاف ما ذكره صاحب« التحفة» عن الطحاوي أنه لا يكون يمينًا ، وإن نوى بخلاف ما روي عن أبي يوسف أنه لا يكون يمينًا ، وهو الأصح لما روي عن زيد قال : قال رسول الله ﷺ : « **من حلف بالأمانة فليس منا** » ، وهو الأصح .

م: (**ومن حلف بغير الله لم يكن حالفًا كالنبي والكعبة**) ش: أي قال والنبي لا أفعل هذا والكعبة كذلك م: (**لقوله عليه السلام**) ش: أي لقول النبي ﷺ م: (**من كان منكم حالفًا فليحلف بالله أو ليذر**) ش: هذا الحديث أخرجه الجماعة إلا النسائي عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما: « **أن رسول الله ﷺ أدركه في ركب وهو يحلف بأبيه ، فقال إن الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم ، فمن كان حالفًا فليحلف بالله أو ليسكت** » ولفظ الصحيحين : « أو ليصمت » وقال مخرج الأحاديث . عجب من الشيخ زكي الدين كيف عزاه للنسائي وترك الترمذي والنسائي لم يذكر ، وذكره برمته .

م: (**وكذا إذا حلف بالقرآن**) ش: لا يكون يمينًا م: (**لأنه غير متعارف**) ش: لأنه يراد به المقدور هو غير الله تعالى . وقال الشافعي ظني ليس ينبغي أن يحلف رجل بتوريته من كتاب الله تعالى ولا بالقرآن ولا بالكعبة ، ولا بالصلاة ولا بالصيام ولا شيء من طاعات الله عز وجل .

قال الأترازي : أنه لو حلف فقال والصلاة لا أفعل ، كذا كان قد حلف بغير الله . وقال أبو

قال -رضي الله عنه -: معناه أن يقول: والنبي والقرآن ، أما لو قال : أنا بريء منهما يكون يمينًا ، لأن التبري منهما كفر .

يوسف : إن قال والرحمن لا أفعل كذا ، وعنى به سورة الرحمن لا حنث عليه كذا ذكره الناطفي في «الأجناس» . وكذلك لو قال والرسول والنبي والمسجد الحرام وبيت الله لا يكون يمينًا ، كذا في «شرح الطحاوي» ، وقال في «الكافي» وما اعتاده الناس من الحلف مجاز [تووسرتوا][1] .

فإن اعتقد أنه حلف وأن البر به واجب يكفر كذا في «محاسن الشرائع» ، وفي «التتمة» قال علي الرازي : أخاف على من قال بحياتي وحياتي ، وما أشبه ذلك أنه يكفر ، ولولا أن العامة يقولون ولا يعلمونه ، لعله أنه شرك ، لأنه لا يمين إلا بالله ، فإذا حلف بغير الله فكأنه أشرك معه غيره .

وقال ابن مسعود : لأن أحلف بالله كاذبًا أحب إلي من أن أحلف بغير الله صادقًا ، ثم الحلف بالكعبة والنبي والقرآن والعرش والكرسي وما أشبه ذلك لا ينعقد عند الجمهور . وعن أحمد ينعقد اليمين بالحلف بالنبي عليه السلام في رواية وعن ابن عمر أنه عليه السلام قال : « **من حلف بغير الله فقد أشرك** »[2] رواه الترمذي وقال : حديث حسن .

فإن قيل : إن الله تعالى أقسم بغير ذاته وصفاته لقوله والشمس والليل ، والضحى ونحو ذلك كثر في القرآن قلنا . الله تعالى ولاية الإيجاد والأمر والنهي والتعظيم والتحقير ، وله أن يثبت الحرمة لمن شاء ، وليس للعبد ذلك بل عليه أن ينتهي عما نهاه الله تعالى عنه . وقد نهى الله تعالى أن يحلف بغيره .

م: (**قال - رضي الله عنه - معناه**) ش: أي قال المصنف معنى قول الحالف بالقرآن أو بالنبي م: (**أن يقول والنبي والقرآن**) ش: لا أفعل كذا م: (**أما لو قال أنا بريء من النبي أو من القرآن يكون يمينًا لأن التبري منهما**) ش: أي من النبي والقرآن م: (**كفر**) ش: وكذا إذا قال هو بريء من الصلاة والصوم يكون يمينًا عندنا ، خلافًا للشافعي .

وكذا إذا قال هو بريء من الإسلام إن فعل كذا ، خلافًا للشافعي ، وعليه نص في «شرح الطحاوي» . وقال في «النوازل» : إن قال والكتب الأربعة فليس هذا يمين ، وإن قال هو أنا بريء من الكتب الأربعة فعليه كفارة يمين واحدة وإن قال أنا بريء من التوراة وبريء من الإنجيل وبريء من الزبور ، وبريء من القرآن ، وجبت عليه أربع كفارات . وقال في «خلاصة الفتاوى» ولو

---

(١) كذا بالمخطوطة .

(٢) أبو داود [٢١٩٤] ، والترمذي [١٢٠١] ، ابن ماجة [٢٠٣٩] ، المستدرك [٢/ ١٩٨] ، الدارقطني [٣/ ٢٥٧]، البيهقي [٧ / ٣٤١]، هو حديث معلول حققته في فتح المجيد شرح كتاب التوحيد ، والصحيح الثابت حديث ابن عمر عن أبيه : « إن الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم » وفي رواية « الطواغيت» .

قال : والحلف بحروف القسم ، وحروف القسم الواو كقوله والله . والباء كقوله بالله ، والتاء كقوله تالله ، لأن كل ذلك معهود في الأيمان ومذكور في القرآن وقد يضمر الحرف ، فيكون حالفًا كقوله الله لا أفعل كذا

قال بحرمته شهد الله ولا إله إلا الله لا يكون يمينًا .

وقال في فتاوى «الولوالجي» : رجل رفع كتابًا من كتب الفقه أو دفتر حساب فيها مكتوب بسم الله الرحمن الرحيم ، وقال أنا بريء مما فيه إن دخلت ، فدخل تلزمه الكفارة لأنه يمين بالله تعالى . ولو قال أنا بريء من المصحف لا يكون يمينًا ، لأن المصحف جلد وأوراق .

ولو قال أنا بريء مما في المصحف يكون يمينًا لأن ما في المصحف قرآن ، ولو قال أنا بريء من الحجة التي حججت أو من الصلاة التي صليت فليس بيمين ، بخلاف ما لو قال أنا بريء من القرآن الذي تعلمته فإنه يمين ، ولو قال أنا بريء من شهر رمضان وأراد به البراءة من فرضيته فهو يمين ، ولو أراد به البراءة عن آخرها لا يكون يمينًا ، وإن لم يكن له نية لا يكون يمينًا .

م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**والحلف بحروف القسم**) ش: أي الحلف يكون بحروف القسم م: (**وحروف القسم**) ش: ثلاثة ، أحدها م: (**الواو ، كقوله والله ، والباء**) ش: أي الثاني حرف الباء م: (**كقوله بالله والتاء**) ش: الثالث حرف التاء م: (**كقوله تالله**) ش: الأصل فيها الباء الموحدة ، لأنها للإلصاق ، وهي تضيف الحلف إلى المحلوف به في قولك أحلف بالله ، ثم يحذف الفعل تخفيفًا ، ويكتفي بحرف القسم ويبدل منها الواو ، لمناسبة بينهما لأن وضعها للجمع وفي الجمع معنى الإلصاق . ثم يبدل من الواو التاء لمناسبة بينهما ، لأنهما من حروف الزوائد كما في تراث أصله وراث وحجة أصلها وحمه[1] وبما كانت الباء أصلاً دخلت في اسم الله وغيره في المظهر لما كانت بدلاً ، والمضمر والواو معًا البدل انحطت بدرجة حيث لم يدخل في المظهر والمضمر جميعًا انحطت بدرجة حيث دخلت في المظهر دون المضمر ، والتاء لما كانت بدلاً على اسم الله تعالى وحده . وقال عبد القادر حكاه أبو الحسن من قولهم ترى فشاذ لا يؤخذ به .

م: (**لأن كل ذلك**) ش: أي المذكور من الحروف م: (**معهود في الأيمان**) ش: التي تستعمل بين الناس م: (**ومذكور في القرآن**) ش: كقوله تعالى : ﴿ **بالله إن الشرك لظلم عظيم** ﴾ [لقمان الآية : ١٣]، وكقوله تعالى : ﴿ **والله ربنا ما كنا مشركين** ﴾ [الأنعام الآية ٢٣]، وكقوله تعالى : ﴿**وقال تالله لأكيدن أصنامكم** ﴾ [الأنبياء الآية : ٥٧] .

م: (**وقد تضمر حروف القسم ، فيكون حالفًا ، كقوله الله لا أفعل كذا**) ش: فإن حرف القسم أضمر في قوله الله لا أفعل كذا ، فإن أصله والله لا أفعل كذا ، أو أراد بقوله فيكون حالفًا أن إضمار حرف القسم وإظهاره سواء في تحقق اليمين ، ثم أشار إلى وجه الإضمار بقوله م: (**لأن**

---

(١) كذا بالمخطوطة .

لأن حذف الحرف من عادة العرب إيجازًا . ثم قيل ينصب لانتزاع حرف خافض . وقيل : يخفض فتكون الكسرة دالة على المحذوف . وكذا إذا قال: لله في المختار ، لأن الباء تبدل بها ، قال الله تعالى: ﴿ آمنتم له ﴾ (طه : الآية ٧١) ، أي آمنتم به .

حذف الحرف من عادة العرب إيجازًا) ش: أي لإيجاز ، أي الاختصار ، لأنه مطلوب في كلامهم ، ثم أن المصنف ذكر لفظ الإضمار في الرواية وذكر لفظ الحذف في التعليل بطريق المسامحة لما أن بين الإضمار والحذف فرقًا ، فإن في الضمير ما يبقى أثره نحو قوله : **﴿ انتهوا خيراً لكم ﴾** [النساء الآية ١٧١] ، أي يكون الانتهاء خيراً لكم ، والمحذوف ما لا يبقى أثره نحو قوله : **﴿ واسأل القرية﴾** [يوسف الآية : ٨٢] .

م: (**ثم قيل ينصب لانتزاع حرف خافض**) ش: أراد بهذا إلى بيان الخلاف في وجه النصب والخفض في لفظ القسم به بعد حرف القسم ، فقيل ينصب ، وهو قول البصريين ، وعلل وجه النصب بقوله الانتزاع حرف خافض ، وهو حرف القسم ، لأن الأصل الله لا أفعل ، كذا والله لا أفعل كذا .

فلما حذفت الواو وانتصب بنزع الخافض م: (**وقيل يخفض**) ش: وهو قول الكوفيين ، هذا ذكره في « المبسوط» م: (**فتكون الكسرة دالة على المحذوف**) ش: أي الكسرة التي على المحلوف به والمحذوف هو حرف القسم قال الكاكي : تعليله النصب بانتزاع الخافض والجر بدلالة الكسرة عليه غير مستقيم عند أهل النحو ، لما أن انتصابه على أنه عند حذف حرف لاتصال فعل أحلف بالمحلوف به ، إلا أن تأويل قوله الانتزاع الخافض ، أي بسبب انتزاع الخافض يصل أحلف بالمحلوف به ، وكذا الجر لإضمار حرف الجر ، والعامل يعمل عمله عند الإضمار ، بخلاف الحذف كما ذكرنا ، إلا أن يؤول ويقول المراد بالمحذوف المضمر تسامحًا .

وقال الأكمل : هذه وظيفة نحوية في الأصل والأصول يبحث عنها من حيث البساط المزيل الفقيه بها والواصل إلى حد الاشتغال بكتاب «الهداية» لا يدون ، وأن يكون قد وقف على ذلك ورآه .

م: (**وكذا إذا قال: لله**) ش: يعني وكذا يكون يمينًا إذا قال لله علي أن لا أكلم فلانًا م: (**في المختار**) ش: إنما قال في المختار احترازًا عما روي عن أبي حنيفة أنه قال : لو قال لله علي أن لا أكلم فلانًا أنها ليست بيمين إلا أن ينوي ، لأن الصيغة النظر ، ويحتمل معنى اليمين ذكره الولوالجي في فتاواه م: (**لأن الباء تبدل بها**) ش: أي باللام م: (**قال الله تعالى ﴿ آمنتم له ﴾ (طه : الآية ٧١) أي آمنتم به**) ش: فإنهما يتعاقبان . وقال ابن عباس رضي الله عنهما : دخل آدم الجنة فلله ما غربت الشمس حتى خرج به .

وفي «فتاوى قاضي خان» قال بالله لأفعلن كذا وسكن الهاء أو رفعها أو نصبها يكون يمينًا ،

وقال أبو حنيفة : -رحمه الله - إذا قال وحق الله فليس بحالف ، وهو قول محمد - رحمه الله وإحدى الروايتين عن أبي يوسف -رحمه الله - . وعنه رواية أخرى أنه يكون يمينًا ، لأن الحق من صفات الله تعالى ، وهو حقيته فصار كأنه قال والله الحق والحلف به متعارف . ولهما أنه يراد به طاعة الله تعالى ، إذ الطاعات حقوقه ، فيكون حلفًا بغير الله . قالوا: ولو قال والحق يكون يمينًا . ولو قال حقًا لا يكون يمينًا ؛ لأن الحق المعرف من أسماء الله تعالى ، والمنكر يراد به تحقيق الوعد .

لأن ذكر اسم الله عز وجل والخطأ في الإعراب لا يمنع صحة القسم لا في عرف الاستعمال ولا عرف الشرع ، لما روي في الحديث وكأنه والله ما أردت بالرفع وروي بالجر وعليه الجمهور .

وعن بعض من أصحاب الشافعي وأحمد في رواية : أنه لو قال بالرفع لا يكون يمينًا إلا بالنية ، لأنه لم يأت بالموضوع ولا قصده ، ويحتمل ابتداء الفعال والكلام ، ويحتمل اليمين ، فلا يكون يمينًا إلا بالنية ، وعليه جمع من أصحاب الشافعي . وفي «المحيط» إذا قال بالله لا يكون يمينًا إلا إذا نوى . يعني إذا قال بكسر اللام ويكون إليها .

م: (**وقال أبو حنيفة رحمه الله إذا قال وحق الله فليس بحالف**) ش: **يعني لا يكون يمينًا** م: (**وهو قول محمد** - رحمه الله - **وإحدى الروايتين عن أبي يوسف** - رحمه الله - **وعنه**) ش: أي وعن أبي يوسف م: (**في رواية أخرى أنه يكون يمينًا**) ش: وبه قال الشافعي ومالك وأحمد م: (**لأن الحق من صفات الله وهو حقيته**) ش: أي كونه حقًا م: (**فصار**) ش: الحالف م: (**كأنه قال والله الحق والحلف به متعارف**) ش: لأن الحق من أسماء الله تعالى ، ولهذا ذكر في عدد أسماء الله . وقال الله تعالى : ﴿ **ويعلمون أن الله هو الحق المبين** ﴾ [النور الآية ٢٥] .

م: (**ولهما**) ش: أي ولأبي حنيفة ومحمد م: (**أنه يراد به**) ش: أي الحق م: (**طاعة الله تعالى ، إذ الطاعات حقوقه ، فيكون حلفًا بغير الله**) ش: والحالف بالعبادات لا يجوز م: (**قالوا**) ش: أي أصحابنا كلهم قالوا م: (**ولو قال والحق**) ش: معرف حيث م: (**يكون يمينًا**) ش: بالإجماع م: (**ولو قال حقًا لا يكون يمينًا**) ش: ذكره بسبيل التفريع لما قبله م: (**لأن الحق المعرف من أسماء الله تعالى والمنكر يراد به تحقيق الوعد**) ش: يريد به الفرق بين الحق وحقًا بأن الفرق اسم من أسماء الله تعالى قال الله تعالى : ﴿ **ولو اتبع الحق أهواءهم** ﴾ [المؤمنون الآية : ٧١]، والحلف به متعارف ، فيكون يمينًا . وأما المنكر فهو مصدر منصوب بفعل مقدر ، فكأنه قال افعل هذا الفعل لا محالة، وليس فيه معنى الحلف فضلاً عن اليمين .

وقال الفقيه أبو الليث في «النوازل» قال أبو نصر البلخي : بحق الله يكون يمينًا ، لأن الناس يحلفون به . ولو قال حقًا لا يكون يمينًا ، وهو بمنزلة قوله صدقًا ، وهو قول محمد بن سلمة .

ولو قال : أقسم أو قسم بالله أو أحلف أو أحلف بالله ، أو أشهد أو أشهد بالله فهو حالف ، لأن هذه الألفاظ مستعملة في الحلف ، وهذه الصيغة للحال حقيقة ، وتستعمل للاستقبال بقرينة فجعل حالفًا في الحال

وقال الحسين بن أبي مطيع حق يمين لقوله تعالى : ﴿ **ولو اتبع الحق أهواءهم** ﴾ [المؤمنون الآية : ٧١]، فالحق هو الله تعالى ، فصار كأنه قال والله لا أفعل كذا . وقال أبو نصر : لو قال والحق لا أفعل كذا إن نوى به اسم الله تعالى فهو يمين ، وإن لم يرد به اسم الله لا يكون يمينًا .

وقال الأترازي : لنا نظر في قوله - بحق الله يكون يمينًا - لأن الإضافة تقتضي المغايرة بين المضاف والمضاف إليه ، فيكون الحق إذن لغير الله تعالى انتهى .

أراد به قول أبي نصر البلخي المذكور ، قلت : الإضافة التي تقتضي المغايرة بين المضاف والمضاف إليه إذا كانت الإضافة بمعنى اللام ، كما في غلام زيد ، وهنا يحتمل أن تكون الإضافة بمعنى من كما في خاتم فضة ، وهذا لا يخفى على المتأمل .

م: (**ولو قال أقسم أو أقسم بالله ، أو أحلف أو أحلف بالله ، أو أشهد أو أشهد بالله ، فهو حالف**) ش: وكذا لو قال أعزم أو أعزم بالله . وقال زفر إذا لم يقل بالله في هذا القول لا يكون يمينًا ، وبه قال الشافعي - رحمه الله - نوى أو لم ينو . وقال مالك : إذا نوى اليمين بقوله أقسم بالله إلى آخره يكون يمينًا ، وإذا أطلق فلا . وعن أحمد إذا لم يقل بالله فهو يمين أيضًا في رواية . وفي رواية كمذهبنا ، سواء نوى اليمين أو لا . وفي رواية لا بد من ذكر الله .

م: (**لأن هذه الألفاظ**) ش: أي أقسم وأخواته م: (**مستعملة في الحلف**) ش: أما الأول فلقوله عز وجل : ﴿ **إذ أقسموا ليصرمنها مصبحين** ﴾ (القلم الآية : ١٧)، وأما الثاني فلقوله تعالى : ﴿**يحلفون بالله** ﴾ (النساء الآية : ١٢)، وأما الثالث : فلقوله تعالى : ﴿ **نشهد إنك لرسول الله** ﴾ المنافقون الآية ١ ، ثم قال بعد ذلك : ﴿ **اتخذوا أيمانهم جنة** ﴾ ثم قولهم ﴿ **نشهد إنك لرسول الله** ﴾ يمينًا وهم لم يقولوا نشهد ، والعزم عبارة عن قصد التبليغ الذي ينتهي إليه قصد العازم ، فكان يمينًا ، لأنه تصريح لمعناه م: (**وهذه الصيغة**) ش: أي صيغة أقسم م: (**للحال حقيقة**) ش: بمنزلة اخترت ، وكذا قول الموحد أشهد وقول الشاهد عند القاضي أشهد للحال .

م: (**وتستعمل للاستقبال بقرينة**) ش: سوف والسين م: (**فجعل حالفًا**) ش: حقيقة عند الفقهاء ، كذا في الشرع في جعل قول المرأة : أختار نفسي عند التخيير م: (**في الحال**) ش: عند ذكر لفظ من الألفاظ المذكورة .

فإن قيل : اليمين ما كان حاملاً ومانعًا على فعل أو ترك ، وعند الترك البر موجبًا للكفارة ، فقوله أقسم لا يكون من البر موجبًا مجردًا ، لأنه لم ينعقد على فعل شيء أو تركه ، وكيف يكون يمينًا .

والشهادة يمين ، قال الله تعالى : ﴿ قالوا نشهد إنك لرسول الله ﴾ ثم قال :﴿ اتخذوا أيمانهم جنة﴾ (المنافقون)، والحلف بالله هو المعهود المشروع وبغيره محظور ، فصرف إليه ، ولهذا قيل لا يحتاج إلى النية ، وقيل لا بد منها لاحتمال العدة واليمين بغير الله .

ولأن الكفارة ساترة لذنب هتك حرمة اسم الله ، وليس في أقسم مجرد هتك حرمة اسم الله فكيف يكون موجبًا للكفارة ، لأن صيغة فعل المضارع كما يكون للحال يكون للاستقبال ، فلا تجب الكفارة بالشك خصوصًا في حق الكفارة فإنها تلحقه بالحدود ، ولهذا تداخلت .

قلنا : قوله أقسم للحال حقيقة كما قال المصنف ، فكان بمنزلة قوله على يمين أو يمين الله ، والإقرار باليمين يمين موجبًا للكفارة ذكره في «الذخيرة» والبيهقي .

م: (**والشهادة يمين**) ش: يعني إذا قال أشهد فإنه يمين ، واستدل عليه بقوله م: (**قال الله تعالى ﴿ قالوا نشهد إنك لرسول الله ﴾**) ش: هذا إخبار عن قول المنافقين إذ جاؤوا إلى النبي ﷺ فقالوا نشهد إنك لرسول الله ، فهذا يمين منهم يدل عليه ما حكى الله عنهم بقوله **﴿ اتخذوا أيمانهم جنة ﴾** فأخبر الله تعالى أن قولهم نشهد إنك لرسول الله يمين منهم ، وأشار إليه المصنف بقوله م: (**ثم قال**) ش: أي ثم قال الله م: (**﴿ اتخذوا أيمانهم جنة ﴾**) ش: (**المنافقون**) ش: قصدوا الجنة الوقاية .

وفي تفسير الشهادة تجري مجرى اليمين فيما يراد به من التوكيد ، يقول الرجل أشهد في موضع أقسم ، وبه شهد أبو حنيفة على أن أشهد يمين .

م: (**والحلف بالله هو المعهود المشروع**) ش: قال تاج الشريعة رحمه الله : هذا جواب من يقول إن قوله - أحلف - ينبغي أن لا يكون يمينًا ، لجواز أن يكون حالفًا بغير الله تعالى الحلف بالله هو المعهود المشروع ، أي المعهود من الناس والمنصوص عليه في الشريعة ، لقوله عليه السلام من كان منكم حالفًا فليحلف بالله أو ليذر م: (**وبغيره محظور**) ش: أي حلف بغير الله حرام ممنوع م: (**فصرف إليه**) ش: إلى قوله - أحلف - ينصرف إلى الحلف بالله ، لأن الظاهر من حال المسلم الإتيان بالمشروع دون غيره .

م: (**ولهذا**) ش: أي ولأجل أن الحلف بالله هو المعهود المشروع ، وبغيره محظور م: (**قيل لا يحتاج إلى النية**) ش: في قوله - أحلف - أو أشهد - أو - أقسم - يكون يمينًا صرف إلى ما هو المعهود في الشرع ، وعليه صاحب «التحفة» م: (**وقيل لا بد منها**) ش: أي من النية م: (**لاحتمال العدة**) ش: أي الوعد ، لأن اللفظ يحتمله ، والعدة أصله الوعد ، فلما حذفت الواو تبعًا لفعله عوض عنهما التاء .

م: (**واليمين بغير الله**) ش: بجر اليمين عطفًا على العدة ، ولاحتمال اليمين بغيرالله ، فلا يتعين اليمين بالله إلا بالنية ، وإليه ذهب أبو نصر الأقطع .

ولو قال بالفارسية سوكند ميخورم بخداي ، يكون يمينًا ، لأنه للحال . ولو قال : -سوكند خورم- قيل لا يكون يمينًا . ولو قال بالفارسية- سوكند خورم بطلاق زنم - لا يكون يمينًا لعدم التعارف . قال : -رضي الله عنه وكذا قوله لعمر الله وايم الله لأن عمر الله بقاء الله ، وايم الله معناه ايمن الله ، وهو جمع يمين .

م: (**ولو قال بالفارسية - سوكند ميخورم بخداي - يكون يمينًا لأنه**) ش: أي لأن هذا اللفظ م: (**للحال**) ش: فيصح اليمين ، لأن معناه بالعربي الحلف بالله ، وصيغة أحلف للحالف ينعقد اليمين و - سوكند - بفتح السين وسكون الواو وفتح الكاف الصماء وسكون النون وبالدال المهملة ، ومعناه اليمين و - ميخورم - بكسر الميم وسكون الياء وضم الخاء المعجمة ، وفتح الراء المهملة وسكون الميم ، ومعناه أحلف ، و - بخد - بفتح الباء الموحدة وضم الخاء المعجمة وفتح الدال المهملة المقصورة ، ومعناه بالله . م: (**ولو قال - سوكند خورم - قيل لا يكون يمينًا**) ش: لأنه بغير لفظ - مي - قيل لفظ - خورم - يكون للاستقبال ، فلا يكون يمينًا ، وقيل لا فرق بين اللفظين في أنه يكون يمينًا ولو قال - سوكند خورده - إن كان صادقًا يكون يمينًا .

وإن كان كاذبًا فلا شيء عليه م: (**ولو قال بالفارسية - سوكند خورم بطلاق زنم - لا يكون يمينًا لعدم التعارف**) ش: بينهم في كونه يمينًا ، والباقي - بطلاق - مفتوحة مضاف إلى - زنم - بفتح الزاي والنون وسكون الميم ومعناه أحلف بطلاق امرأتي لا أفعل كذا لا يكون يمينًا لأنه ليس بمتعارف عندهم . ومعنى - زنم - امرأتي . و إن - اسم المرأة ، وزيد فيه الميم الساكنة ليدل على معنى امرأتي ، والميم بمعنى ياء المتكلم ، ولم أجد من الشراح من تكلم في هذا الموضوع ولا ذكر ما ذكره المصنف ، مع أنهم أهل اللسان ، غير أن الكاكي ذكر مثل ما ذكر المصنف ولم يضبط شيئًا من ذلك ولا تسر النظامة ، بالعربي والعبد الضعيف ، تكلم فيه كما ينبغي مع كوني دخيلاً في هذا اللسان .

م: (**قال**) ش: أي المصنف م: (**وكذا قوله لعمر الله ، وايم الله**) ش: هذا عطف على أصل المسألة، وهو قوله أقسم إلى آخره ، أي وكذا يكون يمينًا هذان اللفظان ، أما قوله - لعمر الله - فقوله تعالى م: (**لعمرك إنهم لفي سكرتهم يعمهون** ﴾ م: (الحجر : ٧٢)، والعمر بفتح العين وضمها البقاء ، إلا أن الضم لم يستعمل في القسم .

وأشار المصنف إلى معناه أن البقاء بقوله م: (**لأن عمر الله بقاء الله**) ش: والبقاء من صفات الذات فجاز الحلف به مكان قال والله الباقي وايم الله ، فقد جاء في لفظ النبي ﷺ : في حديث رواه البخاري عن ابن عمر قال بعث رسول الله ﷺ بعث . . . . الحديث وفيه واسم الله إنه كان عليهم أمامة بن زيد للإمارة ، الحديث .

م: (**وايم الله سعناه ايمن الله ، وهو جمع يمين**) ش: هو مذهب أهل الكوفة ، فكان التقدير

وقيل : معناه والله وايم صلة كالواو ، والحلف باللفظين متعارف ، وكذا قوله وعهد الله وميثاقه ، لأن العهد يمين ، قال الله تعالى :﴿ وأوفوا بعـهد الله ﴾ (النحل : الآية ٩١) . والميثاق عبارة عن العهـد ، وكذا إذا قال عـلي نذر ، أو نذر الله ، لقوله عليـه السلام من نذر نذراً ولـم يسم فـعليه كفارة يمين

وايمن الله فيمن ، كأنه قال حلفت بالله فيكون يمينًا ، وبه قال أحمد والشافعي في وجه لا يكون يمينًا بدون النية .

م: (**وقيل معناه والله ، وايم صلة**) ش: أي من صلات القسم من الله م: (**كالواو**) ش: أي في وايم الله ، وهذا عند البصريين ، قال الأكمل معناه والله ، وكلمة ايم صلة أي كلمة مستقلة كالواو وفيه تأمل . وقال الزمخشري : حذف نون ايم وحذف همزته عند الدرج في التحقق في القسم .

م: (**والحلف باللفظين**) ش: وهما عمر الله وايم الله م: (**متعارف**) ش: عند العرب استعملتهما في القسم والحلف باللفظين وهما عمر الله وايم الله متعارف ، يعني أن العرب استعملتهما في القسم ولم يرد النهي عنه ، وهما مشهوران لغة وعرفًا وشرعًا م: (**وكذا قوله وعهد الله وميثاقه**) ش: أي وكذا يمين قول الحلف بعهد الله وميثاقه وبه قال مالك وأحمد والشافعي لا يكون يمينًا بغير النية م: (**لأن العهد يمين ،قال الله تعالى ﴿ وأوفوا بعهد الله ﴾** النحل الآية : ٩١) ش: ﴿ **إذا عاهدتم ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها** ﴾ وقد جعل الله عهد الله في القرآن يمينًا كما ترى م: (**والميثاق عبارة عن العهد**) ش: يعني في معناه . فإذا حلف بميثاق الله يكون يمينًا كما في عهد الله وكذا إذا حلف بذمة الله لا يكون يمينًا ، كذا في الأصل ، والذمة : العهد كذا في «الفائق» ، فعلى هذا يكون ذمة الله يمينًا لعهد الله لأنه في معناه .

م: (**وكذا**) ش: أي وكذا يكون يمينًا م: (**إذا قال علي نذر أو نذر الله لقوله عليه السلام**) ش: أي لقول النبي ﷺ م: (**من نذر نذرًا ولم يسم فعليه كفارة يمين**) ش: هذا الحديث أخرجه أبو داود وابن ماجة عن ابن عباس أن رسول الله عليه السلام قال : « من نذر»[1] الحديث ، وروى الترمذي عن عقبة بن عامر قال قال رسول الله ﷺ : « كفارة النذر إذا لم يسم كفارة يمين »[2] وقال الحاكم في «كافيه» وإن حلف بالنذر فإن نوى شيئًا من حج أو عمرة فعليه ما نوى وإن لم يكن له نية فعليه كفارة يمين .

وها هنا أربع مسائل :

الأولى : إن نذر نذرًا مطلقًا فهو يمين كما ذكره في الكتب .

---

(١) أبو داود [٣٣٢٢]، ابن ماجة [٢١٢٨].

(٢) الترمذي [١٥٨٣] وقال: حديث حسن صحيح غريب ، ورواه مسلم ولم يقل فيه « لم يسم ».

وإن قال : إن فعلت كذا فهو يهودي أو نصراني أو كافر يكون يمينًا ، لأنه لما جعل الشرط علمًا على الكفر فقد اعتقده واجب الامتناع ، وقد أمكن القول بوجوبه بغيره بجعله يمينًا كما نقول في تحريم الحلال ، ولو قال : ذلك لشيء قد فعله فهو الغموس . ولا يكفر اعتبارًا بالمستقبل

الثانية : أن يقول لله علي نذر صوم كذا ، فعليه الوفاء بما نذر .

الثالثة : أن يعلق نذرًا بشرط كما إذا قال إذا جاء فلان ، وإذا شفى الله مريضي فعلي صوم يوم كذا فعليه الوفاء بما سمى .

الرابعة : أن يقول علي نذر أن لا أفعل كذا ، فهو ينعقد يمينًا ويوجبه موجب اليمين .

وللشافعي ثلاثة أقوال في هذه المسألة : في قول يمين ، وفي قول يتخير بين الوفاء بالنذر والكفارة ، وبه قال أحمد ، وفي قول يجب الوفاء بما سمى .

م: (**وإن قال إن فعلت كذا فهو يهودي أو نصراني أو كافر يكون يمينًا ، لأنه**) ش: أي لأن هذا القائل م: (**لما جعل الشرط علمًا على الكفر**) ش: أي بما جعل ذلك الشيء الذي حلف عليه علمًا ، أي علامة على الكفر يعني شرطًا له م: (**فقد اعتقده واجب الامتناع**) ش: أي فقد اعتقد المحلوف عليه واجب الامتناع هتك حرمة اسم الله ، فصار يمينًا ، فكأنه قال حرمت على نفسي ما حلفت عليه . م: (**وقد أمكن القول بوجوبه بغيره بجعله يمينًا**) ش: أي بوجوب الامتناع بغير الشرط ، وهو اليمين ، وقال تاج الشريعة : قوله بوجوبه بغير الله ، وهو مباشرة الفعل الذي يحصل به النصرانية أو اليهودية يعني أنه اعتقد فعل كذا يصير نصرانيًا فيجب الامتناع من ذلك الفعل .

م: (**كما نقول في تحريم الحلال**) ش: بأن قال كل حل علي حرام ، فإنه يكون يمينًا .

فإن قلت : يشكل إذا قال إن فعلت كذا فعلي غضب الله حيث لا يجعل يمينًا ، وإن جعل علمًا على غضب الله الذي هو أحب الامتناع .

قلت : الغضب قد يتحقق بارتكاب محظور فهو من فروع اليمين ، وبه لا يصير حالفًا ، لأنه حرمة تلك الأشياء مما يحتمل الفسخ والتبديل ، فلا يكون في معنى حرمة اسم الله ، بخلاف حرمة الكفر ، لأنه لا يحتمل الفسخ ، والتبديل .

م: (**ولو قال ذلك**) ش: أي قوله إن فعلت كذا فهو يهودي أو نصراني أو كافر م: (**لشيء قد فعله**) ش: في الماضي كاذبًا قصدًا م: (**فهو الغموس**) ش: أي اليمين الغموس لا كفارة فيها عندنا ، ولكن هل يكفر أم لا فيه اختلاف المشايخ .

م: (**ولا يكفر**) ش: وروي ذلك عن أبي عبد الله البلخي ، فإنه قال لا يكفر ، وكذا روي عن أبي يوسف م: (**اعتبارًا بالمستقبل**) ش: أي اعتبار الماضي بالمستقبل ، لأن الكفر بالاعتقاد وهو لم يقصد الكفر ، وإنما قصد أن يصدق في مقابلته .

وقيل يكفر ، لأنه تنجيز معنى فصار كما إذا قال هو يهودي ، والصحيح أنه لا يكفر فيهما إن كان يعلم أنه يمين ، فإن كان عنده أنه يكفر بالحلف يكفر فيهما ، لأنه رضي بالكفر حيث أقدم على الفعل . ولو قال : إن فعلت كذا فعلي غضب الله أو سخط الله فليس بحالف ، لأنه دعاء على نفسه ولا يتعلق ذلك بالشروط ، ولأنه غير متعارف ، وكذا إذا قال إن فعلت كذا فأنا زان أو سارق أو شارب خمر أو آكل ربا ، لأن حرمة هذه الأشياء تحتمل النسخ والتبديل

م: (**وقيل يكفر**) ش: قاله محمد بن مقاتل الرازي كذا في «شرح الطحاوي» م: (**لأنه**) ش: أي لأن ذلك القول في الماضي م: (**تنجيز معنى**) ش: وإن كان تعليقًا صورة ، لأن عينه بما هو موجود وتعليق بشيء كائن يتنجز ، فكأنه قال هو كافر لأن كلامه خرج مخرج التحقيق فيكفر به .

م: (**فصار كما إذا قال هو يهودي**) ش: لأنه صريح بالكفر م: (**والصحيح أنه لا يكفر فيهما**) ش: أي في الماضي والمستقبل م: (**إن كان يعلم أنه يمين ، فإن كان عنده أن يكفر بالحلف يكفر فيهما**) ش: أي في الماضي والمستقبل م: (**لأنه رضي بالكفر ، حيث أقدم على الفعل**) ش: لأنه بالإقدام صار مختار الكفر ، واختيار الكفر كفر . وفي «المحيط» لو قال إن فعلت كذا فاشهدوا علي بالنصرانية فهو يمين .

م: (**ولو قال إن فعلت كذا فعلي غضب الله أو سخط الله فليس بحالف ، لأنه دعاء على نفسه ، ولا يتعلق ذلك بالشرط**) ش: لأن الشرط ما له أثر من وجود الجزاء عند وجوده لتعلقه به ، ولا أثر لوجود الشرط مع وجود المعصية في وجود الغضب ، ولا يقدم الشرط مع وجود المعصية في وجود الغضب ، ولا يقدم الشرط مع وجود المعصية في عدم الغضب ، فعلم أن الغضب من سيئات المعصية لا من سيئات التعليق .

وكذا لا أثر في وجود هذه الأفعال ، لأن وجودها بأسباب أخر م: (**ولأنه غير متعارف**) ش: أي ولأن قوله إن فعلت فعلي غضب الله أو سخطه غير متعارف باليمين ، وقال الحاكم لو دعى على نفسه باللعنة أو الموت أو عذاب النار لا يكون يمينًا .

وكذا إذا قال هو يأكل الميتة أو يستحل الدم أو لحم الخنزير أو يترك الصلاة أو الزكاة إن فعل كذا لا يكون يمينًا ، لأن ذلك وعد لا إلزام شيء .

م: (**وكذا إذا قال إن فعلت كذا فأنا زان أو سارق أو شارب خمر أو آكل ربا**) ش: يعني لا يكون يمينًا بهذه الألفاظ م: (**لأن حرمة هذه الأشياء**) ش: أي حرمة الزنا والسرقة ، وشرب الخمر وأكل الربا م: (**تحتمل النسخ والتبديل**) ش: أما الزنا والسرقة فلا يحتملان النسخ .

ولكن ذلك الفعل المقصود بالزنا ، وذلك العين المقصود بالسرقة بعينه جاز أن يكون حلالاً بوجه النكاح وملك اليمين ، فسمي احتمالاً نقلاً بهما من الحرمة إلى الحل بالسبب الزنا نسخًا

فلم تكن في معنى حرمة الاسم ،ولأنه ليس بمتعارف .

وتبديلاً ، إذ المراد بالنسخ الرفع ، وبالتبديل التعبير ، وأما الخمر والربا فيحتملان النسخ ، وهذا كان الخمس حلالاً ثم نسخ ، والربا يحتمل النسخ من نفسها ، وإن لم يرد النسخ في حقه .

ولهذا كان صباحًا في دار الحرب ، ولأنه لا يكون زانيًا أو سارقًا أو شارب خمر أو آكل ربا بمجرد قوله - أو زان أو سارق - فيما بينه وبين الله تعالى بدون اتصال الفعل بالحالف ، بخلاف قوله أنا يهودي أو نصراني .

م: (فلم تكن في معنى حرمة الاسم) ش: أي فلم يكن في معنى حرمة هتك اسم الله تعالى ، لأن حرمة اسم الله تعالى لا يحتمل النسخ أصلاً لقيام دليل حد الزانية وهو حد العالم وليس كذلك الأشياء المذكورة لما ذكرنا م: (ولأنه ليس بمتعارف) ش: أي لأن الحلف بهذه الأشياء ليس بمتعارف ، وهذا هو الأصح في التعليل ، ولا خلاف للأئمة الأربعة في هذه المسائل .

فروع : أو قال إني عبدك أشهدك وأشهد ملائكتك إني لا أدخل دار فلان فليس بيمين . ولو قال إن فعلت كذا فأنا بريء من الكتب الأربعة فهي يمين واحدة ، ولو قال أنا بريء من الإنجيل ، وبريء من التوراة ، وبريء من الزبور ، وبريء من الفرقان ، فهذه أربعة أيمان .

وكذا ولو قال بريء من الله، وبريء من رسول الله ، والله ورسوله بريئان منه فهو أربعة أيمان .

لو قال بريء من الله ورسوله فيمين واحدة ، ولو قال والله والرحمن يكون يمينين إلا أن يذكر الأول . وروى الحسن عن أبي حنيفة وبه قال زفر يكون يمينًا واحدة وإن دخل بينهما حرف العطف ، ولو قال والله فهو يمين ، ولو قال والله ووالله يكون يمينًا واحدًا استحسانًا .

وفي «المنتقى» : لو قال والله ووالله ، أو قال والله ثم والله لا أفعل كذا ، وإن فعلت كذا فهو يمين واحدة ، استحسانًا ، وفي القياس يمينان وبه نأخذ ، وعن أبي يوسف إذا قال والله لا أكلمك فيهما يمينان .

وروى الحسن إن نوى بالثاني الخبر عن الأول يصدق ديانة . ولو قال والله لا أكلمك ولو قال والله لا أكلم فلانًا يومًا والله لا أكلمه شهرًا ، والله لا أكلمه سنة ، إن كلمه بعد ساعة فعليه ثلاث أيمان ، وإن كلمه بعد يوم فعليه يمينان ، وإن كلمه بعد شهر فعليه يمين واحدة ، وإن كلمه بعد سنة فلا شيء عليه .

* * *

فصل في الكفارة

قال : كفارة اليمين عتق رقبة يجزئ فيها ما يجزئ في الظهار ، وإن شاء كسا عشرة مساكين كل واحد ثوبًا فما زاد وأدناه ما يجوز فيه الصلاة

م: (**فصل في الكفارة**)

ش: أي هذا فصل في بيان الكفارة ، ولما فرغ من بيان الموجب بكسر الجيم وهوالحنث شرع في بيان الموجب بالفتح ، وهو الكفارة ، لأنها موجبة عند الحنث ، فإن اليمين سبب الكفارة بطريق الانقلاب .

وقال بعض أصحاب الشافعي : اليمين سبب عند الحنث كملك النصاب عند تمام الحول . وقال عامة أصحابه السبب اليمين ، والحنث جميعًا لأنه لو كان مجرد اليمين سبب لوجبت الكفارة . وإن لم يوجد الحنث ، لكن يلزم عليهم أن لا يجوز الكفارة ، قبل الحنث لعدم السبب قبله ، ولهذا اختار صاحب «الوجيز» الأول .

م: (قال) ش: أي القدوري م: (**وكفارة اليمين عتق رقبة يجزئ فيها ما يجزئ في الظهار**) ش: بعين الرقبة المسلمة والكافرة ، والذكر والأنثى والصغير والكبير ، إن الله عز وجل أطلق الرقبة في الموضعين ولم يقيد فجاز هنا ما جاز ثمة ولا تجزئ العمياء ولا المقطوعة اليدين أو الرجلين والمقطوع يده ورجله من جانب الواحد ، بخلاف العوراء ، ومقطوعة إحدى اليدين وأحد الرجلين ، وفي الأصم اختلاف المشايخ والأصح الجواز إذا صح [. . . .] .

م: (**وإن شاء كسا عشرة مساكين كل واحد ثوبًا**) ش: علم أن الواجب على الغني أحد الأشياء الثلاثة وهي عتق رقبة وكسوة عشرة مساكين وطعام عشرة منهم ، ويتعين ذلك باختيار العبد ، لأن كلمة أو في الآية للتخيير وهو مذهب عامة الفقهاء والمتكلمين .

وقال بعضهم : أحدها واجب عينًا عند الله تعالى ، وإن كان مجهولاً عند العباد والله تعالى يعلم أن العبد يختار ما هو الواجب عنده عز وجل .

وقالت المعتزلة : الواجب الكل على البدل على معنى أنه لا يجب تحصيل الكل ، ولا يجوز ترك الكل ، وإذا أتى بواحد كفى ، ثم إن الكسوة إذا اختار الكسوة غير عشرة مساكين لكل مسكين ثوبًا وإزارًا ورداء وقميصًا أو كيسًا أو جبة أو ملحفة ، لأن لابس هذه الأشياء يسمى مكتسبًا فيجزىء كل واحد .

م: (**فما زاد**) ش: أي فما زاد على الثوب م: (**وأدناه**) ش: أي أدنى الثوب م: (**ما يجوز فيه الصلاة**) ش: لأن لبس ما لا يجوز فيه الصلاة لا يسمى لابسًا .

وإن شاء أطعم عشرة مساكين كالإطعام في كفارة الظهار ، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿فكفارته إطعام عشرة مساكين﴾ (المائدة : الآية ٨٩) ، وكلمة أو للتخيير فكان الواجب أحد الأشياء الثلاثة . قال : فإن لم يقدر على أحد هذه الأشياء الثلاثة صام ثلاثة أيام متتابعات ، وقال : الشافعي : -رحمه الله - يخير لإطلاق النص . ولنا قراءة ابن مسعود -رضي الله عنه- -فصيام ثلاثة أيام متتابعات - وهي كالخبر المشهور

م: (**وإن شاء أطعم عشرة مساكين كالإطعام في كفارة الظهار**) ش: يعني لكل واحد من عشرة مساكين صاعًا من تمر أو شعير أو نصف صاع من حنطة أو دقيق أو سويق .

فإن دعى عشرة مساكين فغداهم وعشاهم أجزأه، ولذلك إن أطعم خبزًا ليس معه إدام ، وإن غداهم وعشاهم وفيهم صبي فيظلم أو فوق ذلك شيئًا لم يجزئه وعليه إطعام مسكين واحد، كذا ذكر الحاكم وغيره .

م: (**والأصل فيه**) ش: أي في وجوب الكفارة م: (**قوله تعالى : ﴿ فكفارته إطعام عشرة مساكين﴾ ... الآية المائدة : الآية ٨٩**) ش: أي أقر الآية ، أو الآية فيهما ، **فعلى الأول النصب** على المفعول به ، وعلى الثاني الرفع على الابتداء بحذف الخبر م: (**وكلمة أو للتخيير فكان الواجب فيه**) ش: أي في التكفير م: (**أحد الأشياء الثلاثة**) ش: لأن هذا يقتضي التخيير .

م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**فإن لم يقدر على أحد هذه الأشياء الثلاثة**) ش: لأن المعسر لا يقدر على شيء من ذلك م: (**صام ثلاثة أيام متتابعات**) ش: فإن صامها متفرقة لم يجزئه م: (**وقال الشافعي : يخير**) ش: يعني إن شاء فرق ، وإن شاء تابع م: (**لإطلاق النص**) ش: أي القرآن ، وبه قال مالك وأحمد في رواية . وظاهر مذهب أحمد كقولنا ، وهو قول الشافعي .

فإن قيل : الشافعي يحمل المطلق على المقيد في حادثة أو حادثتين فكيف لم يحمل فيهما مع ورود القرابة مطلقًا ومقيدًا .

قلنا : أنه يقول لعارض هنا أصلان متعارضان أحدهما مقيد بالتفريق ، وهو صوم المتعة في الحج . والثاني مقيد بالتابع ، وهو صوم كفارة الظهار والقتل، فلا يمكن إلحاقه بأحدهما إذ إلحاقه بأحدهما يوجب ترك العمل لنص الآخرون.

م: (**ولنا قراءة ابن مسعود - رضي الله عنه- فصيام ثلاثة أيام متتابعات وهي**) ش: أي قراءة ابن مسعود هنا م: (**كالخبر المشهور**) ش: قال الأترازي : وقراءته كانت مشهورة في زمن أبي حنيفة، ويجوز الزيادة على النص بالمشهور.

وقال تاج الشريعة : لأنها نقلت عن رسول الله ﷺ ، وقد اشتهرت في السلف [. . .] والزيادة بالخبر المشهور صحيحة .

وقال الكاكي: كالخبر المشهور، لأنه يقرأ سماعًا من رسول الله ﷺ ولم يثبت قراءته لعدم التواتر، فصار كالرواية المشهورة عن رسول الله ﷺ فصح التقييد بها، وعندنا لا يحمل المطلق على المقيد كما في صدقة الفطر لإمكان العلم بهما، وها هنا غير ممكن، لأنهما في حكم واحد في حادثة واحدة، وهو الصوم، لأنه لا يقبل وصفين قضاء دين في وجوده.

فإذا ثبت تقييده بالتتابع في تلك القراءة لم يبق مطلقًا ضرورة، بخلاف صدقة الفطر، فإنهما وردا في السبب، ولا منافاة بين الشيئين، وأما صوم المتعة لم يجز قبل أيام النحر، لأنه لم يشرع قبلها لا لأن التفريق واجب.

م: (**ثم المذكور في الكتاب**) ش: قال الكاكي: أي في المشهور، وقال الأترازي: أي في «مختصر القدوري»، وأراد بالمذكور في قوله في أول الفصل، وأدناه ما يجوز فيه الصلاة م: (**في بيان أدنى الكسوة مروي عن محمد -رحمه الله-**) ش: مروي خبر المبتدأ، أعني قوله المذكور، والمذكور هو أدنى ما يجوز فيه الصلاة وهو السراويل، وبه قال أحمد وفي السراويل: اختلاف الرواية.

وقال في «نوادر هشام»: لا يجوز، في «نوادر» ابن سماعة يجوز، كذا في «الأجناس». وقال الكرخي في «مختصره»: لا يجزئ في ذلك العمامة ولا القلنسوة ولا السراويل، روى ذلك ابن سماعة وبشر وعلي بن الجعل عن أبي يوسف، ورواه أبو عمر، ومحمد الكتابي في إملاء محمد عنه كذلك. لأن لابسه يسمى عريانًا، فلا يتناوله اسم الكسوة.

وفي «الخلاصة»: عن محمد: إن أعطى المرأة لا يجوز، وإن أعطى الرجل يجوز لجواز صلاته فيه كالقميص، وذكر ابن شجاع في كتاب «الكفارات» من وصفه قال أبو حنيفة: إن كانت العمامة قدرها قدر الإزار الشائع أو ما يقطع قميصًا يجزئ وإلا لم يجزه.

وهذا كله إذا كسى رجلاً، فأما إذا كسى امرأة، قال الطحاوي: يزيد فيه الخمار، لأن رأسها عورة لا يجوز الصلاة إذا كانت مكشوفة، وقال الحاكم الشهيد -رحمه الله- في «الكافي»: فإن أعطى كل مسكين نصف ثوب لم يجزه من الكسوة، ولكنه يجزئ من الطعام إذا كان نصف ثوب يساوي نصف صاع من حنطة.

ولو أعطى عشرة مساكين ثوبًا بينهم، وهو ثوب كثير القيمة يصيب كل إنسان منه أكثر من درع وخمار.

وقال الشافعي: يعتبر ما يطلق على اسم الكسوة حتى يجوز قميص أو سراويل أو عمامة أو جبة أو قميصًا أو مقنعة أو إزار أو رداء أو طرًا، لأن الاسم يقع على جميع ذلك، وله في الفدرة والخف وجهان، وعندنا ومالك وأحمد: لا يجوز القلنسوة والخف.

وعن أبي يوسف وأبي حنيفة -رحمهما الله - إن أدناه ما يستر عامة بدنه ، حتى لا يجوز السراويل وهو الصحيح ، لأن لابسه يسمى عريانًا في العرف ، لكن ما لا يجزئه عن الكسوة يجزئه عن الطعام باعتبار القيمة ، وإن قدم الكفارة على الحنث لم يجزئه . وقال الشافعي - رحمه الله -:يجزيه بالمال ، لأنه أداها بعد السبب ، وهو اليمين فأشبه التكفير بعد الجرح ، ولنا أن الكفارة لستر الجناية . ولا جناية ها هنا ، واليمين ليست بسبب

وعن ابن عمر - رضي الله عنهما - : لا يجوز أقل من ثلاثة أثواب : قميص وسدر ورداء وعن أبي موسى الأشعري : أنه يجزئ ثوبان ، ثم اعتبار الفقر والغنى عند إرادة التكفير عندنا . وعند الشافعي -رحمه الله- : عند الحنث ، حتى لو كان موسرًا عند الحنث ثم أعسر جاز الصوم عندنا ، ولكن لا ، وعنده على القلب .

م: (**وعن أبي يوسف -رحمه الله - ، وأبي حنيفة -رحمه الله - إن أدناه**) ش: أي أدنى ما يجزئ أن يكفر به م: (**ما يستر عامة بدنه حتى لا يجوز السراويل**) ش: لأنه لا تستر عامة البدن وهو الصحيح ، أي هذا المروي عن أبي حنيفة م: (**وهو الصحيح ، لأن لابسه**) ش: أي لابس السراويل م: (**يسمى عريانًا في العرف، لكن ما لا يجزئه عن الكسوة يجزئه عن الطعام باعتبار القيمة**) ش: يعني لو أعطاه ثوبًا لا يجزئه عن الكسوة ، مثل سراويل أو خف أو نصف ثوب يجزئه عن الإطعام إذا بلغت فيه نصف صاع من بر .

وبه قال مالك وأحمد، ثم في ظاهر الرواية يجزئه عن الطعام بغير نية ، وعن أبي يوسف : إذا نوى يكون بدلاً عن الطعام ، ويجزئه عنه وإلا لا . وقال زفر : لا يجزئه عن الطعام نوى أو لم ينو . وعند الشافعي : لا يجوز اعتبار القيمة في الكفارة كما في الزكاة .

م: (**وإن قدم الكفارة على الحنث لم يجزئه ، وقال الشافعي : يجزئه بالمال**) ش: أي يجزئ التكفير بالمال قبل الحنث ، وبه قال مالك وأحمد، وقيد بالمال لأن ظاهر مذهبه أن الصوم لا يجوز، لأن العبادات البدنية لا تقوم على وقت الأداء ، وفي وجه يجوز، وهو قوله القديم ، وبه قال مالك وأحمد -رحمهما الله - م: (**لأنه أداها بعد السبب ، وهو اليمين فأشبه التكفير بعد الجرح**) ش: قبل الوقت ، وكذا كفارة الظهار ، فإنها تجوز بعد الظهار وقبل العود كالزكاة ، فإنها تجوز قبل الحول .

م: (**ولنا أن الكفارة تستر الجناية**) ش: لأنها تكفر الخطيئة ، أي تستر بها ولا يتصور سترها قبل وجودها ، وهو معنى قوله م: (**ولا جناية ها هنا**) ش: ولا يصح التكفير قبل الحنث ، لأنه يلزم تقديم السبب على المسبب فهو فاجر كما لو كفر قبل الإفطار م: (**واليمين ليست بسبب**) ش: هذا جواب عن قوله لأنه أداها بعد السبب ، تقديره لا نسلم أن اليمين سبب لوجوب الكفارة ، لأن أدنى درجات السبب أن يكون مفضيًا إلى الحكم وطريقًا له ، واليمين مانعة الحنث، وهو معنى قوله م: (

لأنه مانع غير مفض ، بخلاف الجرح ، لأنه مفض ثـم لا يسترد من المسكين لوقوعه صدقة . قال : ومن حلف على معـصية مـثل أن لا يصلي أو لا يكلم أباه أو ليقـتلن فلانًا ينبغي أن يحنث نفـسه ويكفر عن يمينه لقـوله عليه السلام: من حلف على يمين ورأى غـيرها خيرًا منهـا فليأت بالذي هو خير ، ثم ليكفر عن يمينه

لأنه مانع غير مفض) ش: وتذكير الضمير باعتبار المذكور أو باعتبار ظاهر اللفظ مفض إلى الحكم والسبب ما يكون مفضيًا كما ذكرنا .

م: (**بخلاف الجرح**) ش: جواب عن قياس المنازع فيه على الجرح قبل الموت م: (**لأنه**) ش: أي لأن الجرح م: (**مفض**) ش: إلى زهوق الروح ، بخلاف الظهار ، لأن نفس الظهار جناية ، ويجوز الزكاة قبل الحول ، لأنها شكر لنعمة المال ، وهو موجود ، ومفضي الحول تأجيل فيه ، وإضافة الكفارة إلى اليمين مجاز ، لأنها على عوض أن يصير سبب على تقدير الحنث .

فإن قلت: احتج الشافعي بظاهر قوله ﷺ لعبد الرحمن بن سمرة : **«إذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيرًا منها ، فكفر يمينك وآت الذي هو خير »** متفق عليه ، وفي لفظ أبي داود : **«ثم آت الذي هو خير »** [(1)] .

قلت : أصحابنا احتجوا بحديث عبد الرحمن بن سمرة ، **فإنه** ﷺ قال له : **«لا تسأل الإمارة »** الحديث ، وفي آخره : **«وإذا حلفت على يمين ورأيت غيـرها خيرًا منهـا فأت الذي هو خير وكـفر عن يمينك »** . . . الحديث في الصحيح ، ولا يقال : الواو للجمع ثم للترتيب ، فيدل على الجمع لا على التأخير والتقديم ، بخلاف ثم للترتيب ، لأنه جاء في رواية أخرى ، ثم ليكفر يحتمل ما رواه الشـافعي على أنه بمعنى الواو ، لأن ثم يجيء بمعنى الواو ، قـال الله تعـالى : ﴿ **ثم كان من الذين آمنوا**﴾ ﴿ **ثم الله شـهيـد** ﴾ (يونس : الآية ٤٦) فـيكون مـا روينا مـحكمًا في التأخـير ، ومـا رواه محتمل فحمل عليها ما ذكرنا إعمـالاً للضرر ، لأنه أمر بالتكفير مطلقًا ، ومطلق التكفير لا يجوز قبل الحنث ، لأنه لا يجوز بالصوم إجماعًا .

م: (**ثم لا يسـتـرد من المسكين**) ش: عطف على قـولهم : لم يـجـزه يعني لا يسـتـرد المال عن المسكين ، وإن كـان لا يقع عن الكفارة م: (**لوقوعه صدقة**) ش: لأنه قصد شيء حصول الصواب ورفع الذنب ولـم يرفع الذنب لعدمه فيحصل الصواب لإمكانه فيكون صدقة ، ولا رجوع فيها .

م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**ومن حلف على معصية مثل أن لا يصلي أو لا يكلم أباه أو ليقتلن فلانًا ينبغي أن يـحنث نفسه ويكفر عن يمينه لقـوله عليه السلام**) ش: أي لقـول النبي ﷺ م: (**من حلف على يمين ورأى غيرها خـيرًا منها فليأت بالذي هو خيـر ، ثم ليكفر عن يمينه**) ش: هذا الحديث مر معنا الآن ومضى الكلام فيه ، ومعنى قوله على يمين ، أي على مقسـم عليه في فعل أو على ترك ، لأن

---

(١) أبو داود [٣٢٧٧] . ، الترمذي مطولاً [١٥٨٤] .

ولأن فيما قلناه تقوية البر إلى جابر ، وهو الكفارة ولا جابر للمعصية في ضده وإذا حلف الكافر ثم حنث في حال كفره أو بعد إسلامه فلا حنث عليه ، لأنه ليس بأهل لليمين ، لأنها تنعقد لتعظيم الله تعالى ، ومع الكفر لا يكون معظمًا . ولا هو أهل للكفارة لأنها عبادة .

اليمين مركبة من مقسم به ، وهو بالله ومقسم عليه ، وهو قوله لأفعلن أو لأفعل فكان من باب ذكر الكل وإرادة البعض . وقال الأكمل : في وجه الاستدلال به نظر ، لأنه قال ورأى غيرها خيراً منها فالمدعي مطلق والدليل مشروط برؤية خير، والجواب أن حال المسلم يقتضي أن يرى ترك المعصية خيراً منها فيجعل الشرط موجوداً نظرًا إلى حاله .

م: (**ولأن فيما قلناه**) ش: يعني إذ الكفارة بعد الحنث م: (**تقوية البر إلى جابر ، وهو الكفارة ولا جابر**) ش: وهو الكفارة لما أن الجابر يقتضي سبق ذلك المحمود وهو حل اليمين بالحنث فيما قلنا ، فتصبح الكفارة جائزة ولا جائزة م: (**للمعصية في ضده**) ش: أي في ضد ما قلناه وأراد بالضد التي في اليمين ، أي لا جائزة لمعصية الحنث ، فيما قال الشافعي ، لأن الحنث لما يتأخر عن الكفارة لم تصبح الكفارة السابقة جائزة لذلك الحنث ، لأن الجائز لا يتقدم ، كذا في «النهاية» .

وقال الأكمل : وقال في بعض الشروح ، ولأن فيما قلنا أي في الحنث النفس والتكفير بعد ذلك لتفويت البر إلى جابر ، والجابر هو الكفارة والفوات إلى جابر كلا فوات ، فتكون المعصية الحصالة بتفويت البر كلا معصية لوجود الجابر .

أما إذا أتى بالبر وهو ترك الصلاة وقطع الكلام عن الأب ، وقتل فلان بغير حق تحصيل المعصية بلا جابر لها فتكون المعصية قائمة لا محالة ، فلهذا قلنا يحنث نفسه ويكفر عن يمينه ، وكلا الوجهين صحيح ، والثاني أيسر . قلت : أراد بالقائل بقوله وقال في بعض شروح الأترازي لأنه قال في شرحه هكذا ويرده الأكمل برمته . . . . .

م: (**وإذا حلف الكافر ثم حنث في حال الكفر أو بعد الإسلام ، فلا حنث عليه**) ش: أي فلا كفارة عليه ، وبه قال مالك ، وقال الشافعي وأحمد تلزم الكفارة بالمال ، دون الصوم م: (**لأنه**) ش: أي لأن الكافر م: (**ليس بأهل لليمين ، لأنها تنعقد لتعظيم الله تعالى ، ومع الكفر لا يكون معظمًا**) ش: لأنه هاتك حرمة الله تعالى ، بإصراره على الكفر .

والتعظيم مع الهتك لا يجتمعان ، والبر لا يتحقق إلا من معظم ، ولا يلزم استخلافه في المظالم أو المنصوبات أو هو مشروع في حقه ، لأنه من أهل مقصود الاستخلاف وهو النكول والإقرار .

وكذا هو من أهل اليمين ، بالطلاق والعتاق ، لأنه من أهل حكمنا م: (**ولا هو أهل للكفارة**) ش: أي ولا الكافر أهل للكفارة م: (**لأنها عبادة**) ش: لكونها ساترة للذنب .

ومن حرم على نفسه شيئًا مما يملكه لم يصر محرمًا ، وعليه إن استباحه كفارة يمين ، وقال الشافعي رحمه الله : لا كفارة عليه لأن تحريم الحلال قلب المشروع، فلا ينعقد به تصرف مشروع وهو اليمين . ولنا أن اللفظ ينبئ عن إثبات الحرمة ، وقد أمكن إعماله بثبوت الحرمة لغيره بإثبات موجب اليمين ، فيصار إليه ، ثم إذا فعل مما حرمه قليلاً أو كثيرًا حنث ووجبت الكفارة ، وهو المعنيّ من الاستباحة المذكورة ، لأن التحريم إذا ثبت تناول كل جزء منه .

م: (**ومن حرم على نفسه شيئًا مما يملكه**) ش: سواء كان ثوبًا أو طعامًا أو أمة أو غيرها ، بأن قال حرام علي ثوبي هذا أو طعامي هذا أو أمتي هذه ونحو ذلك م: (**لم يصر محرمًا**) ش: أي بعينه ، بل صار محرمًا بالنص .

فلهذا قال عقبه م: (**وعليه إن استباحه**) ش: أي يعامل به معاملة المباح ، فإن أكل الطعام أو لبس الثوب أو وطئ الأمة فعليه م: (**كفارة يمين وقال الشافعي لا كفارة عليه لأنه ليس يمين إلا في النساء والجواري وبه قال أحمد ، وقال مالك من حرم على نفسه شيئًا غير امرأته لا يلزمه شيء وليس يمين** م: (**لأن تحريم الحلال قلب المشروع فلا ينعقد به ، تصرف مشروع وهو اليمين**) ش: كعكسه ، وهو تحليل الحرام .

م: (**ولنا أن اللفظ ينبئ عن إثبات الحرمة ، وقد أمكن إعماله**) ش: أي إعمال اللفظ م: (**بثبوت الحرمة لغيره**) ش: أي بغير اللفظ م: (**بإثبات موجب اليمين**) ش: وهو الكفارة ، وأصله ليس في وسعه إثبات الحرمة لذاته وعينه قلبت الحرمة لغيره ، وهو جناية حرمة اليمين ، وهو الكفارة على تقديم الحنث م: (**فيصار إليه**) ش: أي إلى ثبوت الحرمة لغيره .

م: (**ثم إذا فعل مما حرمه قليلاً كان أو كثيرًا**) ش: انتصاب قليلاً على أنه مفعول لقوله فعل م: (**حنث ، ووجبت الكفارة**) ش: لأن التحريم ثبت بتناول كل جزء م: (**وهو المعنيّ**) ش: بكسر النون وتشديد الياء ، أي المعصوم م: (**من الاستباحة المذكورة**) ش: أي فعل ما حرمته هو المراد من الاستباحة التي ذكرها م: (**لأن التحريم إذا ثبت**) ش: يعني تحريم العين ، وهو دليل قوله إذا فعل مما حرمه قليلاً أو كثيرًا حنث ، وذلك لأن تحريم المعني إذا ثبت تبين م: (**تناول كل جزء منه**) ش: أي مما حرمه فيحنث بالقليل والكثير .

وقال الأكمل : وعورض بأن اليمين إما أن يذكر مقسم به ، وهو عند ذكر اسم من أسمائه أو صفة من صفاته كما تقدم أو بأن يذكر شرطه وجزاءه ، وليس شيء منهما بموجود فكيف صار يمينًا واجب بسقوطهما بقوله تعالى : ﴿ **قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم**﴾(التحريم الآية ٢) ، بعد قوله : ﴿ **لم تحرم ما أحل الله لك** ﴾ في تحريم العدل أو تحريم ما به أطلق الأيمان على تحريم إطلاق ، وفرض تحلة الأيمان والرأي لا يعارض النصوص السمعية .

ولو قال : كل حل علي حرام فهو على الطعام والشراب إلا أن ينوي غير ذلك ، والقياس أن يحنث كما فرغ ، لأنه باشر فعلا مباحًا وهو التنفس ونحوه ، وهذا قول زفر -رحمه الله - . وجه الاستحسان أن المقصود هو البر لا يتحصل مع اعتبار العموم ، وإذا سقط اعتباره ينصرف يمينه إلى الطعام والشراب للعرف ، فإنه يستعمل فيما يتناول عادة، ولا يتناول المرأة إلا بالنية لإسقاط اعتبار العموم ، وإذا نواها كان إيلاء ولا تصرف اليمين عن المأكول والمشروب ، وهذا كله جواب ظاهر الرواية . ومشايخنا -رحمهم الله - قالوا : يقع به الطلاق من غير نية لغلبة الاستعمال ، وعليه الفتوى

م: (**ولو قال كل حل علي حرام فهو على الطعام والشراب ، إلا أن ينوي غير ذلك**) ش: هذا ظاهر الرواية قال الحاكم الشهيد في «الكافي» : وإذا قاله لرجل هو علي حرام سئل عن نيته ، فإن نوى يمينًا فهو يمين وكفرها ، ولأنه حل امرأته في ذلك أن ينويها ، فإن نواها دخلت فيه . فإذا أكل أو شرب أو قرب امرأته حنث وسقط عنه الإيلاء ، فإن نوى فيه الطلاق ، فالقول فيه كالقول في الحرام ، أي يصح ما نوى ، وإن نوى الكذب فهو كذب م: (**والقياس أنه يحنث كما فرغ**) ش: من اليمين م: (**لأنه باشر فعلا مباحًا وهو التنفس ونحوه**) ش:بفتح العينين وفتح الشفتين أو ضمهما م: (**وهذا قول زفر - رحمه الله -**) ش: فإن عنده كما يفرغ من اليمين يحنث . م: (**وجه الاستحسان أن المقصود وهو البر لا يتحصل مع اعتبار العموم**) ش: لأن صيغة العموم إذا لم تكن أجراها على عمومها يراد بها أخص الخصوص للتعيين ، وهنا لا يمكن ذلك ، لأن الإنسان لا يمكنه مع نفسه عن النفس وفتح العين وذلك له حلال ، فحمل على الحلال الأعم وهو ما يعيش به من المطعوم والمشروب .

وهو معنى قوله م: (**وإذا سقط اعتباره**) ش: أي اعتبار العموم م: (**ينصرف يمينه إلى الطعام والشراب للعرف**) ش: بين الناس م: (**فإنه يستعمل فيما يتناول عادة**) ش: هذا القليل لقوله للعرف معنى إنما انصرف قوله كل حل علي حرام إلى الطعام والشراب ، لأنه في عرف الناس يستعمل في ذلك م: (**ولا يتناول المرأة إلا بالنية لإسقاط اعتبار العموم**) ش: لأنه لا يمكن إجراء اللفظ على العموم لما قلنا . م:(**وإذا نواها**) أي إذا نوى المرأة م: (**كان إيلاء**) ش: لأن اليمين في الزوجات إيلاء وإن جامعها في المدة كفر عن يمينه ، وإن لم يقربها حتى مضت مدة الإيلاء ، بانت بالإيلاء م: (**لا تصرف اليمين عن المأكول والمشروب**) ش: حتى إذا أكل أو شرب حنث م: (**وهذا كله**) ش: أي هذا المذكور كله م: (**جواب ظاهر الرواية**) ش: وهو رواية المبسوط م: (**ومشايخنا - رحمهم الله -**) ش: قالوا أراد بهم مشايخ بلخ كأبي بكر الإسكاف ، وأبي بكر بن أبي سعيد، والفقيه أبي جعفر حيث م: (**قالوا يقع به الطلاق من غير نية لغلبة الاستعمال**) ش: فيما بين الناس في هذا الزمان أنهم يرون بهذا اللفظ الطلاق م: (**وعليه الفتوى**) ش: قال أبو الليث : وبه نأخذ .

وكذا ينبغي في قوله حلال يروى حرام للعرف ، واختلفوا في قوله -هرجه بدست راست كيرم يروى حرام - أنه هل تشترط النية ،والأظهر أنه يجعل طلاقًا من غير نية للعرف . ومن نذر نذراً مطلقًا فعليه الوفاء به ، لقوله عليه السلام : من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمى .

وفي «فتاوى النسفي» حلال المسلمين علي حرام ينصرف إلى الطلاق بلا نية للعرف ، وإن لم يكن له امرأة يجب عليه كفارة ، وإن كانت له امرأتان يقع الطلاق على واحدة ، وإليه البيان في الأظهر لقوله امرأتي طالق ،[. . . .] .

وكذا لو قال حلال الله علي حرام ، أو حلال هذا ، أي أو حلال [. . .]، ويروى حرام وله امرأة تنصرف إليها من غير نية للعرف ، فإن مراد العامة من هذا اللفظ الطلاق .

م: **(وكذا ينبغي في قوله - حلال يروى حرام -)** ش: أي وكذا ينبغي أن يقع الطلاق بلا نية في قوله - حلال يروى - يعني حلال علي حرام م: **(للعرف)** ش: أي لأجل عرف الناس بذلك في الطلاق .

م: **(واختلفوا في قوله)** ش: أي اختلف المشايخ في قول الرجل م: **(هرجه بدست راست كيرم يروى حرام - أنه هل يشترط النية)** ش: أي لا يشترط م: **(والأظهر أنه يجعل طلاقًا ، من غير نية للعرف)** ش: قوله - هرجه - بفتح الهاء وسكون الراء وكسر الجيم الفارسية ، وسكون الهاء ، ومعناه كل شيء . قوله - بدست - بفتح الباء الموحدة والدال المهملة وسكون السين المهملة وبالتاء المثناة من قوله ومعناه بيدي .

قوله - راست - بفتح الراء وسكون السين المهملة بعد الألف وبالتاء المثناة من فوق ، ومعناه اليمين يعني بيدي اليمين . قوله - كيرم - بكسر الكاف وسكون الياء آخر الحروف ، معناه علي .
وفي «خلاصة الفتاوى» هرجه بدست كيرم هر من حرام - لا يصدق أنه لم ينو .

ولو قال : هرجه بدست راست كرفته أم - فهو بمنزلة قوله - كيرم - ولو قال - هرجه بدست حيب كيرم - في «مجمع النوازل » لا يكون طلاقًا وإن نوى . ولو قال - هرجه بدست راست كرفتم - لا يكون طلاقًا أن المعرف في قوله - كيرم - ولا عرف في قوله - كرفتم - ، ولو قال هرجه بدست راست كيرم - ولم يقل - راست أوجب - فهو بمنزلة قوله - هرجه بدست راست كيرم .

م: **(ومن نذر نذراً مطلقًا)** ش: أي مطلقًا عن ذكر الشرط بأن قال لله علي صوم سنة بدون التعليق بشيء م: **(فعليه الوفاء به)** ش: أي بما سمى م: **(لقوله عليه السلام)** ش: أي لقول النبي ﷺ م: **(من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمى)** ش: هذا الحديث غريب .

وفي جواب الوفاء بالنذر أحاديث صحاح مما أخرجه البخاري عن سعيد بن جبير عن ابن

وإن علق النذر بشرط فوجد الشرط فعليه الوفاء بنفس النذر لإطلاق الحديث ، ولأن المعلق بشرط كالمنجز عنده . وعن أبي حنيفة -رحمه الله - أنه رجع عنه . وقال : إذا قال : إن فعلت كذا فعلي حجة أو صوم سنة أو صدقة مال ملكه أجزأه من ذلك كفارة يمين ، وهو قول محمد -رحمه الله ويخرج عن العهدة بالوفاء بما سمى أيضًا

عباس -رضي الله عنهما - « **أن رجلاً قال يا رسول الله إن أختي نذرت أن تحج وإنها ماتت قبل أن تحج فقال عليه السلام لو كان عليها دين أكنت قاضيه ، قال نعم ، قال فاقض دين الله فهو أحق بالقضاء**» .

وفي رواية : أن أختي ، وفيها ما أخرجه البخاري ومسلم عن ابن عمر -رضي الله عنهما - قال : « **يا رسول الله إني نذرت في الجاهلية أن أعتكف ليلة في المسجد الحرام، قال: فاوف بنذرك** » ، وزاد البخاري : فاعتكف ليلة . ومنها ما رواه أبو داود في سننه من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده « **أن امرأة أتت النبي ﷺ فقالت يا رسول الله إني نذرت أن أضرب على رأسك بالدف ، قال أوف بنذرك** .....» الحديث[(١)] .

م: (**وإن علق النذر بشرط**) ش: بأن قال إن شفى الله مريضي أو رد الله غائبي أو مات عدوي فعلي صوم شهر أو سنة م: (**فوجد الشرط فعليه الوفاء**) ش: بتعيين م: (**بنفس النذر**) ش: ولا يخرج عنه بالكفارة م: (**لإطلاق الحديث**) ش: المذكور ، فإنه لم يفصل بين كون النذر مطلقًا أو معلقًا بشرط م: (**ولأن المعلق بالشرط كالمنجز عنده**) ش: أي عند وجوده ولو نجز النذر عند وجود الشرط لم تجزئه الكفارة ، فكذا هنا ، وبه قال مالك : في المشهور عنه . وقيل إن كان النذر في مباح يتخير ، وفي الطاعة يلزمه الوفاء مطلقًا .

م: (**وعن أبي حنيفة -رحمه الله- أنه رجع عنه**) ش: أي عن نفس الوفاء بالنذر إلى التخيير بين الكفارة والوفاء . وعن عبد العزيز بن خالد الترمذي قال : خرجت حاجًا، فلما دخلت الكوفة قرأت كتاب القدوري والكفارة على أبي حنيفة -رضي الله عنه - ، فلما انتهيت إلى هذه المسألة ، قال : فإن من رأيي أن يراجع فرجعت عن الحج ، أو قد توفي -رحمه الله - فأخبرني الوليد بن أبان أنه رجع قبل موته بسبعة أيام ، وبه يفتي إسماعيل الزاهد وشمس الأئمة السرخسي لكثرة البلوى به في هذا الزمان ، وهذا لأن كلامه نذر فظاهره يمين بمعناه .

م: (**وقال: إذا قال**) ش: أي وقال أبو حنيفة : إذا قال الرجل م: (**إن فعلت كذا فعلي حجة أو صوم سنة أو صدقة**) ش: أي أو قال فعلي صدقة م: (**مال ملكه أجزأه من ذلك كفارة يمين ، وهو قول محمد -رحمه الله-**) ش: وبه قال الشافعي في الجديد وأحمد ومالك في رواية .

وفي القديم : يتعين الكفارة ويكون هذا نظرًا للحاج م: (**ويخرج عن العهدة**) ش: أي عن عهدة اليمين م: (**بالوفاء بما سمى أيضًا**) ش: حتى لو كان معسرًا كان مخيرًا بين أن يصوم ثلاثة أيام

---

(١) أبو داود [٣٣١٢] .

وهذا إذا كان شرطًا لا يريد كونه ؛ لأن فيه معنى اليمين وهو المنع وهو بظاهره نذر ، فيتخير ويميل إلى أي الجهتين شاء ، بخلاف ما إذا كان شرطًا يريد كونه كقوله : إن شفى الله مريضي لانعدام معنى اليمين فيه ، وهو المنع ، وهذا التفصيل هو الصحيح . قال : ومن حلف على يمين وقال : إن شاء الله متصلاً بيمينه فلا حنث عليه لقوله عليه السلام «من حلف على يمين وقال : إن شاء الله فقد بر في يمينه »،

وأن يصوم شهرًا ، وهذا مروي عن أبي حنيفة في «النوادر» . ووجه ما روي في السنن مسندًا إلى عقبة بن عامر -رضي الله عنه - أن رسول الله ﷺ قال : « **كفارة النذر كفارة اليمين** »[1] .

م: (**وهذا**) ش: أي هذا المذكور م: (**إذا كان شرطًا**) ش: أي إذا كان النذر معلقًا بشرط م: (**لا يريد كونه**) ش: مثل إن شربت الخمر فعلي صوم سنة م: (**لأن فيه معنى اليمين وهو المنع**) ش: عن اتخاذ الشرط م: (**وهو بظاهره نذر**) ش: وهو ظاهر م: (**فيتخير ويميل إلى أي الجهتين شاء**) ش: أي التكفير أو النذر م: (**بخلاف ما إذا كان شرطًا**) ش: أي بخلاف ما إذا علق بشرط م: (**يريد كونه**) ش: أي كون الشرط م: (**كقوله إن شفى الله مريضي لانعدام معنى اليمين فيه وهو المنع**) ش: لأن قصده الرغبة فيما حوله شرطًا م: (**وهذا التفصيل**) ش: أي الذي ذكرنا بين شرط لا يريد كونه وبين شرط يريد كونه م: (**هو الصحيح**) .

ش: وقال الأكمل : وفيه نظر ، لأنه إن أراد حصر الصحة فيه من حيث الرواية فليس بصحيح ، لأنه غير ظاهر الرواية ، وإن أراد حصرها فيه من حيث الدراية لدفع التعارض فالدفع ممكن من حيث حمل أحدهما على المرسل والآخر على المعلق من غير تفرقة بين ما يريد كونه وما لا يريد ، على أن فيه إيماء إلى القصور في الذهاب إلى ظاهر الرواية .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**ومن حلف على شيء**) ش: وفي بعض النسخ على يمين ، وعلى هذا قال الأترازي : ومعنى قوله على يمين ، أي على مقسم عليه م: (**وقال : إن شاء الله تعالى متصلاً بيمينه فلا حنث عليه**) ش: وفي «المبسوط» حلف على يمين أو نذر وقال : إن شاء الله متصلاً لا حنث عليه ، وبه قال أكثر أهل العلم .

وقال مالك : يلزمه حكم اليمين والنذر م: (**لقوله عليه السلام**) ش: أي لقول النبي ﷺ م: (**من حلف على يمين وقال: إن شاء الله فقد بر في يمينه**) ش: هذا الحديث بهذا اللفظ غريب ، وبمعناه أحاديث منها ما أخرجهأصحاب السنن الأربعة عن أيوب السختياني عن نافع عن ابن عمر -رضي الله عنهما - قال « من حلف فاستثنى فإن شاء مضى وإن شاء ترك غير حنث»[2] . انتهى بلفظ النسائي .

---

(١) وفيه زيادة لا تصح ، راجع فتح المجيد بتحقيقي.

(٢) النسائي [٣٥٥١] ، أبو داود [٣٢٦١] ، الترمذي [١٥٨٥] ، ابن ماجة [٢١٠٥].

إلا أنه لا بد من الاتصال لأنه بعد الفراغ رجوع ، ولارجوع في اليمين ، والله تعالى أعلم بالصواب .

وفي لفظ له : « فهو بالخيار إن شاء مضى وإن شاء ترك » ، ولفظ ابن ماجة نحوه ، ولفظ أبي داود « من حلف على يمين فقال إن شاء الله فقد . . . . » ولفظ الترمذي : « فقال إن شاء الله فلا حنث عليه » وقال : حديث حسن . ومنها ما رواه الترمذي والنسائي وابن ماجة من حديث ابن طاووس عن أبيه عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال : «من حلف على يمين فقال إن شاء الله لم يحنث »[1] .

م: (إلا أنه) ش: استثنى من قوله فلا حنث عليه ، يعني إنما لم يحنث إذا كان الاستثناء متصلاً بيمينه وهو معنى قوله م: (لا بد من الاتصال) ش: بأن يقطع قوله إن شاء الله بكلام أو سكوت ، والفصل انقطاع النفس لا يعتبر لتعذر الاحتراز عنه ، أما إذا كان الاستثناء منفصلاً فلا عدة به ، فعليه الحنث م: (لأنه بعد الفراغ رجوع) ش: عن اليمين م: (ولا رجوع في اليمين) ش: .

فإن قلت : هذا تعليل في مقابلة النص فإن الحديث بإطلاقه لا يفصل بين المتصل والمنفصل .

قلت : الدلائل الدالة من النصوص وغيرها على اللزوم المقهور هي التي توجب الاتصال . فإن جواز الاستثناء منفصلاً يقضي إلى إخراج المقهور كلها من البيوع والأنكحة وغيرها من أن تكون تلزمه ، وفي ذلك من الفساد ما لا يخفى وهذا التعليل يوافق تلك الأدلة ، فيحمل حديث الاستثناء على الاتصال توفيقًا بين الأدلة ، والله أعلم بالصواب .

* * *

---

(١) الترمذي [١٥٨٧] ، النسائي [٣٥٨٨] ، ابن ماجة [٢١٠٤].

باب اليمين في الدخول والسكنى

ومن حلف لا يدخل بيتًا فدخل الكعبة أو المسجد أو البيعة أو الكنيسة لم يحنث ، لأن البيت ما أعد للبيتوتة ، وهذه البقاع ما بنيت لها . وكذا إذا دخل دهليزًا أو ظلة باب الدار لما ذكرنا ، والظلة ما تكون على السكة . وقيل : إذا كان الدهليز بحيث لو أغلق الباب يبقى داخلاً وهو مسقف

م: (**باب اليمين في الدخول والسكنى**)

ش: أي هذا باب في بيان أحكام اليمين المتعلق بدخول البيت وحكم السكنى فيه والدخول والانفصال من الظاهر الداخل إلى الباطن والخروج على الكنس والسكنى عبارة عن كون السكون في مكان على سبيل الاستقرار والدوام ، فإن من جلس في مسجد أو بات فيه لا يعد ساكنًا فيه ، ولما كان انعقاد اليمين على فعل شيء أو تركه شرع بذكر الأفعال التي ينعقد عليها اليمين بابًا . إلا أنه قدم هذا الباب على غيره لأنه أهم ، لأن الإنسان يحتاج إلى مسكن يدخل فيه ويستقر ، ثم يترتب على ذلك سائر الأفعال من الأكل والشرب .

م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**ومن حلف لا يدخل بيتًا فدخل الكعبة أو المسجد أو البيعة**) ش: بكسر الباء متعبد النصارى م: (**أو الكنيسة**) ش: وهو متعبد اليهود م: (**لم يحنث ، لأن البيت ما أعد للبيتوتة ، وهذه البقاع ما بنيت لها**) ش: أي للبيتوتة ، والمعتبر في الأيمان العادة والعرف ، والألفاظ المستعملة في الأيمان مبنية على العرف عندنا .

وقال أحمد : بني الأيمان على النية ، سواء نوى ظاهر اللفظ أو مجازه خاصًا أو عامًا ، لقوله ﷺ لكل امرئ ما نوى . قال الشافعي -رضي الله عنه- : مبنية على الحقيقة ، لأنها مراد وعند مالك على معاني علم القراءات ، لأنه على أصح اللغات وأفصح .

م: (**وكذا**) ش: أي وكذا لم يحنث م: (**إذا دخل دهليزًا أو ظلة باب الدار**) ش: والظلة ما أظل فوق الباب خارج الدار لما ذكرنا ، أشار إلى قوله لأن البيت ما أعد للبيتوتة . وفي «التحفة» ولو دخل دهليز الدار يحنث ، لأنه في الداخل والظلة تكون على السكة م: (**لما ذكرنا ، والظلة ما تكون على السكة**) ش: ما أظل فوق الباب خارج الدار ، وهو يصلح أن يكون تفسيرًا لما ذكره المصنف .

وأوضح ذلك «صاحب العصير» ، فقال : الظلة هي التي أحد طرفي جذعها على هذه الدار وطرفها الآخر على حائط الجار المقابل . وفي «الذخيرة» : أراد بالظلة الساباط الذي يكون على باب الدار . قال صاحب «المغرب» : قول الفقهاء ظلة الدار يريدون بها السدة التي فوق الباب ، والكل في الحقيقة معنى واحد .

م: (**وقيل: إذا كان الدهليز بحيث لو أغلق الباب يبقى داخلاً وهو مسقف يحنث ، لأنه يبات فيه عادة**) ش: قيد بقوله وهو مسقف يبقى أن لا يحنث ، ولكن الأصح أن كل موضع إذا أغلق الباب لا يمكنه الخروج يكون من الدار ، فعلى هذا يحنث بدخوله الدهليز مطلقًا كما ذكره أولاً ، وعلله

يحنث ، لأنه يبات فيه عادة ، وإن دخل صفة حنث لأنه يبنى للبيتوتة فيها في بعض الأوقات، فصار كالشتوي والصيفي . وقيل : هذا إذا كانت الصفة ذات حوائط أربعة وهكذا كانت صفافهم وقيل : الجواب يجري على إطلاقه وهو الصحيح . ومن حلف لا يدخل داراً فدخل داراً خربة لم يحنث ، ولو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انهدمت وصارت صحراء حنث ، لأن الدار اسم للعرصة

بقوله لأنه في الداخل .

م: (**وإن دخل صفة حنث**) ش: أي في يمينه لا يدخل بيتًا م: (**لأنه يبنى للبيتوتة فيه في بعض الأوقات ، فصار كالشتوي والصيفي**) ش: الشتوي هو الذي يبنى لأن يبات فيه في الشتاء ، والصيفي الذي يبنى ، لأن يبات فيه في الصيف ، فاستوى له جدران أربعة في واحد منها باب ، والصيفي له ثلاثة جدران ليس إلا هو وهو الصفة .

وفيه قول بعض المشايخ بخلاف هذا أشار إليه بقوله م: (**وقيل هذا**) ش: أي حنث بدخول الصفة في المبتدأ لا يدخل بيتًا م: (**إذا كانت الصفة ذات حوائط أربعة ، وهكذا كانت صفافهم**) ش: أي صفاف أهل الكوفة ، فحينئذ لا يكون فرق بين البيت والصفة ، فيحنث . لأنه بيان فيها . وفي «المبسوط» : وفي عرفنا الصفة ذات حوائط ثلاثة قد تكون على هيئة البيت ، فلا يكون بيتًا فلا يحنث ، وبه قال الشافعي .

وقال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير : ذكر عن أبي حاتم [. . .] أمشي بغداد ، قال : هذه ليلة كانت مشتملة حتى انتهيت إلى الكوفة فرأيت صفافهم مبسوطة ، فعلمت أن الأيمان وضعها على تعارفهم .

قال أبو بكر الرازي في شرح «مختصر الطحاوي» : قال أصحابنا : ذلك على حسب عاداتهم كانت بالكوفة يسمون بيتًا في جوف بيت آخر صفة ، فأما اسم الصفة في بغداد لا يتناول البيت ولا اسم يتناول الصفة .

م: (**وقيل الجواب يجري على إطلاقه**) ش: يعني يحنث أي صفة دخلها بصحة البيتوتة ، وإليه ذهب المصنف ونبه عليه بقوله م: (**وهو الصحيح**) ش: وقال الكاكي : وهو الصحيح احتراز تقيد الصفة بعرفهم ، يعني الصحيح الإطلاق لوجود البيتوتة في الصفة .

م: (**ومن حلف لا يدخل داراً فدخل داراً خربة لم يحنث ولو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انهدمت وصارت صحراء حنث**) ش: وقال الشافعي : لا يحنث في الوجهين، وأشار المصنف إلى العرف بين الوجهين بقوله م: (**لأن الدار اسم للعرصة**) ش: قال ابن الأثير : العرصة كل موضع واسع لا ينافيه . وقال الجوهري : العرصة كل بقعة بين الدور واسعة ليس فيها شيء من بناء ،

والجمع العرصات والعراص .

قلت: ومنه عرصات يوم القيامة ، وهي شديدة ، وهي في لغة العجم كذلك ، فلذلك قال المصنف : م: **(عند العرب والعجم)** ش: وهي بسكون الراء ، تفتح في الجمع م: **(يقال دار عامرة ودار غامرة)** ش: أي دار عامرة بالعين المهملة ، ودار غامرة بالغين المعجمة .

قال الجوهري : الغامرة يعني بالغين المعجمة من الأرض خلاف العامرة ، يعني بالمهملة . وفي حديث عمر -رضي الله عنه- جعل على كل جريب عامر أو غامر أو رهمًا ومصرًا . قال ابن الأثير : الغامر يعني بالغين المعجمة ما لم يزرع مما يحتمل الزراعة من الأرض والجواب من الأرض ستون ذراعًا في ستين .

م: **(وقد شهدت أشعار العرب بذلك)** ش: أي بأن الدار اسم للعرصة ، وجاء ذلك في أشعار كثيرة ، منها ما قال شعير العامري :

عفت الديار محلها فمقامها ... بمنى تأبد غواها فرجا بها

قوله عفت ديار الأحباب العرب ما كان منها للحلول دون الإقامة وما كان منها للإقامة وعفى يعفو لازم ويتعدى وهنا لازم ، يعني اندرست . قوله - بمنى- بالتنوين وهو موضع يجمع ضربه هي الحرم . قوله -تأبد - أقفر وخلا من الوحوش . قوله - غواها - بفتح الغين المعجمة والرجاء بكسر الراء وبالجيم ، وهما جبلان معروفان . وقيل موضعان .

ومنها ما قال السنابقة :

يا دارمية بالعلياء والسند أقدتوقفت ... وطال عليها سالف الأبد

فيها أصيلاً لا أسائلها ... أعقر جوابًا وما بالربع من أحد

يخاطب السنابقة دارمية اسم امرأة . والعلياء موضع مرتفع ، وكذلك السند بفتحتين موضع مرتفع من ارتفاع الوادي أو الجيد ، ثم أخبر عنها بقوله - أقدت - أي أقفرت وخلت عن أهلها وذهبوا وطال عليهم ما مضى من مرور الزمان ، ثم يقول وقفت عليها عشية أسائلها عن أهلها أين مضوا فلم تقدر على الجواب ، ولم يكن فيها أحد يكنى ، والأصيلان لا أصله أصلان مصغر أصلان جمع أصيلاً ، فأبدلوا من النون لامًا . والأصيل الوقت بعد المغرب ، ومنها ما قال حسان ابن ثابت ـ رضي الله عنه ـ:

تلك دار الألوف أصحت حلا ... بعد ما يحلها في نشاط

والنشاط شره من الصبى . هذه الأبيات كما ترى دالة على أن الدار سمي دارًا بعد ارتحال

فالبناء وصف فيها غير أن الوصف في الحاضر لغو ، وفي الغائب معتبر .

أهلها عنها وآثارها ودرس رسومها وأطلالها . وقال الأترازي : وقد أورد الفقيه أبو الليث في شرح «الجامع الصغير» والإمام الأسبيجابي في «شرح الطحاوي» ها هنا يصلح بضبط الفقهاء ، وهي الدار وإن زالت حوائطها . والبيت ليس ببيت بعد أن ينهدم ، ثم قال ولكن لا يصلح للاحتجاج به ، فإن قائله ليس بمعلوم وإن شاء مثله لكل أحد غير عسير ، انتهى . وذكر الكاكي هذا البيت في معرض الاحتجاج فلا بأس به ؛ لأنه وإن لم يعرف قائله يصلح للاحتجاج ألا ترى أن النحاة كثيرًا احتجوا بإثبات ، لأنه لا يعرف قائلها ، غير أنهم إذا عرفوا أن قائلها من السفر المحدثين لم يحتجوا فيها إلا للاستشهاد .

م: **(فالبناء وصف فيها)** ش: أي في الدار م: **(غير أن الوصف في الحاضر لغو ، وفي الغائب معتبر)** ش: أي هذا إذا كانت الصفة لم تكن داعية إلى اليمين نفعه كون الدار معينة . وفي الغائب إلى المنكر معتبرة ، لأن الغائب يعرف بالوصف ، فتعلقت اليمين والدار موصوفة بصفة فلا يحنث بعد زوال تلك الصفة وفي المعين لغو لأنه إشارة إلى تعريف فأغنت عن الوصف الذي وضع للتوضيح ، فاستوى وجودها وعدمها . وهنا اعتراضان :

الأول : نقض إجمالي ، وهو أن يقال هذا . بل بما قال محمد : في كتاب الوكالة لو وكله بشراء دار فاشترى دارًا خربة يلزم الموكل ، وينبغي أن لا يقع للموكل ، لأن الصفة في الغائب معتبرة . والجواب أن الصفة في النكرة من كل وجه معتبرة ، والدار في اليمين منكرة من كل وجه . وفي الوكالة تفرقت من وجه ، لأن التوكيل بشرائها إنما يصح عند بيان الثمن أو محله وليست في اليمين كذلك ، فلا يلزم من صحته اتفاقًا ، والوكالة صحة انعقاد اليمين بلا تحفة الاعتراض .

الثاني : بطريق المعارضة وهو أن يقال أن البناء لا يخلو إما أن يكون داخلاً في المسمى أو لم يكن ، فإن كان داخلاً وجب أن لا يختلف الحال بالغيبة والحضور في الدخول كالعرصة ، وإن لم يكن داخلاً وجب أن لا يختلف الحال أيضًا في عدم الدخول ، كما إذا حلف لا يكلم رجلاً ينعقد يمينه برجل قاعد عالم ، أي غير ذلك من الصفات الخارجة عنه . والجواب أن البناء صفة متعينة للدار .

فجاز أن يكون مرادًا بحكم العرف المتعين . وفي الرجل التراجم في الصفات ثابت من العلم والفعل والقدرة والصناعة والحسن والجمال ، وهذه الصفات بأثرها يمنع إرادتها عادة ، وليس البعض أولى من البعض في الإرادة ، فتمتنع الإرادة أصلاً كذا ذكره في« النهاية» محالاً عن «الفوائد الظهيرية» .

وقال الأكمل : ورد بأن البناء ضده الخراب ومحل الدار محل نوادرها ، فكيف صار البناء صفة متعينة فهو في حيز النزاع . وأقول في جواب المعارضة المذكور من التقسيم غير حاضر أو أن

ولو حلف لا يدخل هذه الدار فخربت ثم بنيت أخرى فدخلها يحنث لما ذكرنا أن الاسم باق بعد الانهدام ، وإن جعلت مسجدًا أو حمامًا أو بستانًا أو بيتًا فدخله لم يحنث ، لأنها لم تبق دارًا لاعتراض اسم آخر عليها ، وكذا إذا دخله بعد انهدام الحمام وأشباهه لأنه لا يعود اسم الدارية . وإن حلف لا يدخل هذا البيت فدخله بعد ما انهدم وصار صحراء لم يحنث لزوال اسم البيت ، لأنه لا يبات فيه حتى لو بقيت الحيطان وسقط السقف يحنث لأنه يبات فيه والسقف وصف فيه ،

وكذا إذا بنى بيتًا آخر فدخله لم يحنث ، لأن الاسم لم يبق بعد الانهدام

يكون داخلاً في المنكر لاحتياجه إلى التعريف غير داخل في المعروف لاستغنائه عنه .

م: (**ولو حلف لا يدخل هذه الدار فخربت ثم بنيت دارًا أخرى فدخلها يحنث لما ذكرنا أن الاسم باق بعد الانهدام**) ش: لم تبدل باعتبار أصله ، وإنما يبدل الوصف ، وذلك لا يعتبر في الحاضر . وللشافعي فيه وجهان م: (**وإن جعلت مسجدًا**) ش: أي وإن جعلت الدار مسجدًا م: (**أو حمامًا أو بستانًا أو بيتًا فدخله لم يحنث لأنها لم تبق دارًا لاعتراض اسم آخر عليها**) ش: لأنها لما تبدل اسمها كان ذلك بمنزلة متبدل العين .

م: (**وكذا**) ش: أي وكذا لا يحنث م: (**إذا دخله بعد انهدام الحمام وأشباهه**) ش: أي بعد كونه مسجدًا أو بستانًا أو نهرًا فجعلها دارًا ودخل لم يحنث م: (**لأنه لا يعود اسم الدارية**) ش: بتشديد الياء آخر الحروف . وقال الكاكي : لم يحنث ، وإن عاد اسم الدار لكونه صفة جديدة ، فنزل ذلك منزلة اسم آخر نظرًا إلى تبدل البيت ، ولهذا لو حلف لا يدخل هذا المسجد فدخله بعد ما انهدم يحنث .

م: (**وإن حلف لا يدخل هذا البيت فدخله بعد ما انهدم وصار صحراء لم يحنث لزوال اسم البيت، فإنه لا يبات فيه ، حتى لو بقيت الحيطان وسقط السقف يحنث ، لأنه يبات فيه**) ش: أي في البيت الذي زال سقفه وجدرانه باقية م: (**والسقف وصف فيه**) ش: أي في البيت ، إذ البيتوتة تحصل بدونه ، والسقف صفة الكمال في البيت ولم يضر زوال الوصف .

م: (**وكذا إذا بنى**) ش: أي ذلك البيت م: (**بيتًا آخر فدخله لم يحنث ، لأن الاسم لم يبق بعد الانهدام**) ش: لأن الثاني صار غير الأول ، لأنه بصفة جديدة ، وفي «خلاصة الفتاوى» عن الأصل لو حلف لا يسكن بيتًا ولا نية له فسكن بيتًا من شعر أو فسطاطًا أو خيمة لا يحنث إن كان الحالف من أهل المصر . وإن كان من أهل البادية يحنث . وذكر بعضهم في شرحه منقولاً عن«الفوائد الظهيرية» أنه إذا حلف لا يهدم بيتًا فهدم بيت العنكبوت يحنث [. . .] ، لأنه مخالف للأصل وللرواية ، فإن الشيخ أبا نصر قال : وإن حلف لا يخرب بيتًا فخرب بيت العنكبوت لم يحنث وإن سماه الله بيتًا ، ذكره في مسألة لا يأكل لحمًا فأكل السمك لم يحنث .

قال : ومن حلف لا يدخل هذه الدار فوقف على سطحها حنث ، لأن السطح من الدار ، ألا ترى أن المعتكف لا يفسد اعتكافه بالخروج إلى سطح المسجد . وقيل في عرفنا لا يحنث وهو اختيار الفقيه أبي الليث . قال : وإذا دخل دهليزها يحنث ويجب أن يكون على التفصيل الذي تقدم . وإن وقف في طاق الباب بحيث إذا أغلق الباب كان خارجًا لم يحنث ، لأن الباب لإحراز الدار وما فيها ، فلم يكن الخارج من الدار .

م: (قال) ش: أي قال القدوري : م: **(ومن حلف لا يدخل هذه الدار فوقف على سطحها حنث لأن السطح من الدار ، ألا ترى أن المعتكف لا يفسد اعتكافه بالخروج إلى سطح المسجد)** ش: وكذا يصلح اقتداء الذي على سطح المسجد بمن فيه ، وذكر في «الشامل» حلف لا يدخل دار فلان ، فقام على حائطه أو سطحه حنث . وقال في «شرح الأقطع»: قال الشافعي -رحمه الله- : لا يحنث . وقال بعض أصحابه : يحنث .

م: **(وقيل في عرفنا لا يحنث)** ش: أي بالوقوف على سطح الدار . قال الفقيه أبو الليث : في «النوازل» إن كان الحالف من بلاد العجم فإنه لا يحنث في هذا كله ما لم يدخل الدار ، لأن الناس لا يعرفون ذلك دخولاً في الدار . وفي «جامع قاضي خان» هذا في عرفهم ، وفي عرفنا الصعود على السطح والحائط لا يسمى دخولاً فلا يحنث . ثم قال والصحيح جواب الكتاب إنه يحنث .

وفي «الفتاوى» قال : هذا إذا كان اليمين بالعربية ، فإن كان بالفارسية وصعد السطح أو نحوه أو شجرة فيها أو حائطًا فيها لا يحنث . وفي «الكافي» : المجاز في بلاد العجم أنه لا يحنث . وفي «الدهليز» : يحنث . وفي «الإيضاح» : لو كان فوق المسجد سكن لم يحنث ، لأن ذلك ليس بمسجد . وفي «شرح الوجيز» ولو كانت في الدار شجرة منشرة الأغصان يتعلق ببعضها .

فإن حصل في مجازات البيان حنث . وإن حصل في مجازات لأسترة السطح ففيه وجهان وإن أعلا من ذلك يحنث وعند أصحاب أبي حنيفة -رحمهم الله- أنه لو كان بحيث لو سقط يسقط في الدار يحنث .

م: (قال) ش: أي قال القدوري : م: **(وإذا دخل دهليزها يحنث ويجب أن يكون على التفصيل الذي تقدم)** ش: يعني إذا أغلق الباب ويبقى داخلاً وهو ضيق ، وإنما قال : هذا لأن القدوري أطلقه م: **(وإن وقف في طاق الباب بحيث إذا أغلق الباب كان خارجًا لم يحنث ، لأن الباب لإحراز الدار وما فيها ، فلم يكن الخارج من الدار)** ش: أي خارج الباب من الدار لعدم الحرز به ، وفي «المحيط » وكذا لو قام على أسكفة الباب والباب بينه وبين الدار لا يحنث . ولو دخل رأسه أو إحدى رجليه أو حلف أن لا يخرج فخرج إحدى رجليه أو رأسه لم يحنث ، وبه قال الشافعي -

قال : ومن حلف لا يدخل هذه الدار وهو فيها لم يحنث بالقعود حتى يخرج ثم يدخل استحسانًا والقياس أن يحنث لأن الدوام له حكم الابتداء . وجه الاستحسان أن الدخول لا دوام له ، لأنه انفصال من الخارج إلى الداخل . ولو حلف لايلبس هذا الثوب وهو لابسه فنزعه في الحال لم يحنث ، وكذا إذا حلف لا يركب هذه الدابة وهو راكبها فنزل من ساعته لم يحنث وكذا لو حلف لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فأخذ في النقلة من ساعته . وقال زفر -رحمه الله -يحنث لوجود الشرط وإن قل . ولنا أن اليمين تعقد البر فيستثنى منه زمان تحققه

رحمه الله- ومالك وأحمد -رحمهما الله- في رواية لو حلف لا يدخل بيت فلان ولا نية له ، ثم دخل في صحن داره لم يحنث حتى يدخل البيت .

هذا في عرفهم وفي عرفنا الدار والبيت واحد فيحنث إن دخل صحن الدار ، وعليه الفتوى وبه قال الشافعي : - رحمه الله - في وجه واحد . حلف لا يدخل دار فلان فمات صاحبها فدخل لم يحنث ، سواء كان على الميت دين أم لا . ولو باعها فلان ثم دخلها إن عينها بأن قال : هذه . لا يحنث عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وعند محمد وزفر والشافعي -رحمهم الله- ومالك وأحمد يحنث .

ولو دخل دارًا مشتركة بينه وبين غيره ، فإن كان المحلوف عليه يسكنها يحنث . ولو دخل دارًا يسكنها فلان بالإجارة أو بالإعارة يحنث وبه قال مالك وأحمد .

م: (**قال**) ش: أي قال القدوري : م: (**ومن حلف لا يدخل هذه الدار وهو فيها لم يحنث بالقعود حتى يخرج ثم يدخل استحسانًا . والقياس أن يحنث**) ش: وبه قال زفر والشافعي -رحمهما الله- في وجه م: (**لأن الدوام له حكم الابتداء**) ش: أي لأن الدوام على الفعل له حكم ابتداء الفعل كما إذا حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه ، أو لا يركب هذه الدابة وهو راكبها ، فدام على ذلك يحنث .

م: (**وجه الاستحسان أن الدخول لا دوام له ، لأنه انفصال من الخارج إلى الداخل**) ش: وليس دوام م: (**ولو حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه فنزعه في الحال لم يحنث . وكذا إذا حلف لا يركب هذه الدابة وهو راكبها فنزل من ساعته لم يحنث أو حلف لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فأخذ في النقلة من ساعته . وقال زفر -رحمه الله- : يحنث**) ش: أي قياسًا م: (**لوجود الشرط وإن قل**) ش: أي شرط الحنث وشرط الحنث يستوي فيه القليل والكثير . م: (**ولنا أن اليمين تعقد البر فيستثنى منه زمان تحققه**) ش: إن تحقق البر .

فإن قلت : لا نسلم أن اليمين تعقد للبر ، ألا ترى أن الحلف على البناء ينعقد ، والبر لا يتصور .

فـإن لبث على حاله سـاعـة حنث ، لأن هذه الأفاعـيل لهـا دوام بحدوث أمثالهـا ، ألا ترى أنه يضرب لهـا مدة يقال ركـبت يومًا ولبثت يومًـا ، بخلاف الدخول لأنه لا يقـال دخلت يومًا يعني المدة والتوقـيت ، ولو نوى الابتداء الخالص يصدق ، لأنه مـحتمل كلامـه . قال : ومن حلف لا

قلت : اليمين ثمة منعقدة للبر أيضًا للإمكان ، لكن لعجز الظاهر انتقل الحكم إلى الحلف ، وهو الكفارة م: (**فـإن لبث على حاله سـاعـة حنث ، لأن هذه الأفاعـيل**) ش: وهو اللبس والركوب والسكنى م: (**لها دوام بحدوث أمثالها**) ش: أي يتحدد أمثالها بدليل صحة ضرب المدة ، وهو معنى قوله م: (**ألا ترى أنه يضرب لهـا مدة يقال لـبثت يومًا وركـبت يومًا**) ش: فكان للدوام حكم الابتداء فيحنث الآن يعني الابتداء الخالص ، فحينئذ لا يحنث باللبس .

م: (**بخـلاف الدخول ، لأنه لا يقـال دخلت يومًـا يعني المدة والتوقـيت**) ش: إنما قـيـد بمعنى المدة والتوقيت احترازًا عما يقال في مجاري كلامهم دخلت عليه يومًا ، قال إلى كذا وكذا خرجت عنه يومًا قـال : إلى كـذا ، وإقرار الدخول باليوم ، لكن يراد به مطلق الوقت ، ولا يراد به مضي المدة والتوقيت .

واعلم أن الأفعـال على ضـربين ، ضـرب يقبل الابتداء وضـرب لا يقبله ، والفـاصل بينهـما قـبـول التوقـيت وعدمـه ، قـيل التوقـيت قبل الامـتداد وما لا فلا ، والاسـتدامة على الممتد بمنزلة الإنشاء . قال الله تعالى : ﴿ **فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين** ﴾ (الأنعـام : الآية ٦٨) ، أي : فـلا تمكث قاعدًا ، لأنه ﷺ كان يعظ الناس قـاعدًا ، وعلى هذا قـالوا : إذا قال لهـا : كلمـا ركبت فأنت طالق فمكث ساعة يمكنها النزول فيها طلقت ، وإن مكثت مثلها طلقت أخرى ، لأن للدوام حكـم الابتداء وكلمة كلمـا تعم الأفعال تفكر الجزاء بتكسر الشرط ، ولو نص بما قـال : كلما ركبت دابة فعلي أن أتصدق بدرهم فـركب دابة فعليه درهم وإن طال مكثه في الركوب . وإن كـان ما ذكرتم صحيحًا لزمه أكثر من ذلك .

وأجيب بأن الاستدامة فيما يمتد بمنزلة الإنشاء إذا لم يكن الإنشاء الخالص مرادًا ولهذا قلنا في هذا الفـصل إذا كـان راكبًـا وقت اليـمين لزمـه في كل وقت يمكنه النزول والركـوب درهـم لكون الإنشاء الخالص غير مراد .

م: (**ولو نوى الابتـداء الخالص**) ش: أي لا بقـوله : ألبس بعد النزع ولا أركب بعـد النزول م: (**يصدق**) ش: فـلا يحنث م: (**لأنه محـتمل كـلامه**) ش: سـماه مـحتـمل ، وإن كـان قـوله : لا يركب حقيقة في الابتداء ، لأنه حقيقة فيه إذا لم يكن راكبًا ، أما إذا كان راكبًا في الابتداء من محتملاته . وقال تاج الشريعة : لا يحنث لأنه قد يكون من حيث الابتداء ، وقد يكون من حيث الدوام .

وقد يكون كلما بلفظ اللبس ، فيكون ناويًا بتخصيص ما في لفظه ، فصحت النية . م: (**قال**) ش: أي قال القدوري : م: (**ومن حلف لا يسكن هذه الدار**) ش: وهو متأهل بدليل قوله .

يسكن هذه الدار فخرج بنفسه و متاعه وأهله فيها ولم يرد الرجوع إليها حنث ، لأنه يعد ساكنًا ببقاء أهله ومتاعه فيها عرفًا ، فإن السوقي عامة نهاره في السوق ويقول أسكن سكة كذا ، والبيت والمحلة بمنزلة الدار ،ولو كان اليمين على المصر لا يتوقف البر على نقل المتاع والأهل فيما روي عن أبي يوسف -رحمه الله - لأنه لا يعد ساكنًا في الذي انتقل عنه عرفًا بخلاف الأول ، والقرية بمنزلة المصر في الصحيح من الجواب

م: (**فخرج بنفسه ومتاعه وأهله فيها**) ش: ومتاعه مرفوع بالابتداء وأهله عطف عليه وقوله فيها خبر المبتدأ ، أي في الدار ، والواو فيه للحال م: (**ولم يرد الرجوع إليها حنث**) ش: وبه قال أحمد ومالك ، وعن مالك لو أقام يومًا وليلة حنث . وفي الأقل لم يحنث . وعند زفر يحنث عقيب اليمين . وقال الشيخ أبو نصر: قال الشافعي -رحمه الله- : يحنث .

وقال الكاكي : عند الشافعي لا يحنث إذا خرج بنية التحويل ، وهذا الخلاف مبني على أصل بيننا وبين الشافعي -رحمه الله-، وهو أن عنده العبرة بحقيقة اللفظ أو العادة بخلافها لا تعتبر ، وعندنا العبرة للعادة ، لأنها صارت على الحقيقة ، والحالف يريد ذلك ، فيحمل كلامه عليه ، ألا ترى أن المديون يقول لصاحب الدين لأجرتك يحمل ذلك على شدة المطل .

م: (**لأنه**) ش: أي لأن الحلف م: (**يعد ساكنًا ببقاء أهله ومتاعه فيها عرفًا**) ش: أي من حيث العرف والعادة ، ثم أوضح ذلك بقوله م: (**فإن السوقي عامة نهاره**) ش: أى في أكثر نهاره م: (**في السوق**) ش: مشغولاً لما يعانيه من الحرفة أو البيع أو الشراء م: (**ويقول أسكن سكة كذا**) ش: بذكر سكة من سكن المدينة ، فهذا يدل على أنه يعد ساكنًا من أهله ومتاعه فيها م: (**والبيت والمحلة بمنزلة الدار**) ش: أراد أن اليمين يقول لا أسكن هذا البيت ،ولا أسكن هذه المحلة مثل اليمين بقوله لا أسكن هذه الدار . وفي «الخلاصة» السكة والمحلة بمنزلة الدار .

م: (**ولو كان اليمين على المصر**) ش: بأن حلف لا يسكن في هذا المصر أو في هذا البلد م: (**لا يتوقف البر على نقل المتاع والأهل**) ش: بمعنى إذا انتقل إلى مصر آخر بنفسه ولم ينقل الأهل والمتاع لا يحنث في يمينه م: (**فيما روي عن أبي يوسف - رحمه الله -**) ش: كذا نقل أبو الليث في شرح «الجامع الصغير» في «الأمالي» عن أبي يوسف م: (**لأنه لا يعد ساكنًا في الذي انتقل عنه عرفًا**) ش: وإن لم ينقل الأهل والمتاع قال من يكون ببصرة لا يقال هو ساكن ببغداد وإن كان أهله ونقله ببغداد م: (**بخلاف الأول**) ش: وهو قوله لا أسكن هذه الدار ولا أسكن هذه السكة أو المحلة كما ذكر ، وعند الشافعي المصر كالدار يعني لما ذكر أنه يعتبر حقيقة اللفظ لا العادة .

م: (**والقرية بمنزلة المصر**) ش: وفي بعض الشروح والقرية كالمصر، يعني إذا قال : لا أسكن هذه القرية فحكمه حكم من قال لا أسكن هذا المصر .

م: (**في الصحيح من الجواب**) ش: احترز به عن قول بعض مشايخنا أن القرية كالدار ، وهو

ثم قال أبو حنيفة -رحمه الله - : ولا بد من نقل كل المتاع ، حتى لو بقي وقد يحنث ، لأن السكنى قد ثبت بالكل فيبقي ما بقي شيء منه وقال أبو يوسف -رحمه الله -: يعتبر نقل الأكثر ، لأن نقل الكل قد يتعذر . وقال محمد -رحمه الله - : يعتبر نقل ما يقوم به كدخذائيته ، لأن ما وراء ذلك ليس من السكنى . قالوا هذا أحسن وأرفق بالناس ، وينبغي أن ينتقل إلى منزل آخر بلا تأخير ، حتى يبر

قول الشافعي -رحمه الله - أيضًا ، والأصح أنها كالمصر ، وهو اختيار الشيخ الإمام الأجل برهان الدين والصدر الشهيد وقد عرفت أن جملة هذه المسائل على ثلاثة أوجه ، أما إن كانت المسألة في المصر أو القرية أو الدار ، وقد عرفت حكم كل واحد منهم .

م: (**ثم قال أبو حنيفة : -رضي الله عنه- لا بد من نقل كل المتاع حتى لو بقي فيه ، وقد يحنث**) ش: في يمينه م: (**لأن السكنى قد ثبت بالكل فيبقى**) ش: أي المسكن :م: (**ما بقي شيء منه**) ش: أي من المتاع . ونقل صاحب «الأجناس» عن «نوادر» أبي يوسف رواية علي بن الجعد : وإن ترك فيها إبرة أو مسلة حنث ، وبه قال أحمد .

وفي « المحيط» و « المبسوط » قال : مشايخنا إنما يشترط عند أبي حنيفة نقل الكل بما يقصد به السكنى كالوتد والمكنسة وقطعة حصير بر في يمينه . واعترض على قول أبي حنيفة بأن سكناه كان بجميع ما كان معه من الأهل والمتاع . فإذا خرج بعضه انتفى سكناه ، لا بأن الكل ينتفي بانتقال البعض . وأجيب : بأن الكل ينتفي بانتفاء جزء حقيقي لا اعتباري وما ذكرتم ليس كذلك ، وينبغي أن ينقل إلى ترك آخر حتى يبر .

م: (**وقال أبو يوسف -رحمه الله - يعتبر نقل الأكثر**) ش: أي أكثر المتاع م: (**لأن نقل الكل قد يتعذر**) ش: ويبقى الأقل لا يعد ساكنًا ، وعليه الفتوى ، كذا في «الكافي» وفي« المحيط» م: (**وقال محمد -رحمه الله- يعتبر نقل ما يقوم به كدخذائيته**) ش: هذه نسبة إلى كدخذا أي بفتح الكاف وسكون الدال وضم الخاء المعجمة وبالذال المعجمة ، وفي آخره ياء آخر الحروف بعده ألف ساكنة وكدخذائي باللغة الفارسية اسم له من البيت الذي له عيال وخدم . وكذا يسمى -كرمى حاره - الذي له كلام في أهلها كداخذم: (**لأن ما رواه ذلك**) ش: أي لأن ما رواء الكدخذائية م: (**ليس من السكنى**) ش: بعد لا يعد من السكنى .

م: (**قالوا**) ش: : أي قال المشايخ في شرح« الجامع الصغير» م: (**هذا أحسن وأرفق بالناس**) ش: وفي شرح الجميع واستحسنه المشايخ ، وعليه الفتوى وكذا استحسنه صاحب «المحيط» . وعن مالك بغير نقل عياله دون متاعه .

م: (**وينبغي أن ينتقل إلى منزل آخر بلا تأخير حتى يبر**) ش: أراد به إذا نقل على منزل آخر بلا تأخير لا يحنث . قال العتابي في شرح« الجامع الصغير» : فإن لم يكن انتقل من ساعته ، فإن كان

فإن انتقل إلى السكة أو إلى المسجد قالوا لا يبر، دليله في الزيادات أن من خرج بعياله من مصره ، فما لم يتخذ وطنًا آخر يبقى وطنه الأول في حق الصلاة

ليلاً لم يحنث ، لأنه قدم ما لا يمكنه الامتناع عنه شيء عن اليمين . وفي «خلاصة الفتاوى» لو تحقق العذر باللص وغيره ، وهو معذور .

ونقل في «الأجناس» عن الهاروني : أنه إذا أخذ في الأهبة فنقله عن المنقلة بطلب الدابة أو من يحمل متاعه لا يحنث .

وقال في «فتاوى الولوالجي» : ولو خرج في طلب منزل من ساعته وخلف متاعه لم يحنث، لأن الطلب من عمل النقل . ولو أخذ في النقلة شيئًا فيه ، فإن كانت النقلات لم تغير لم يحنث ، لأنه في النقل ، فإن كان يمكنه أن يتأخر من ينقل متاعه في يوم ، فليس ذلك ، ولا يلزمه النقل بأسرع الوجوه ، بل يعذر ما سمى ناقلاً في العرف .

وفي« الشامل» : إن لم يمكنه النقل من ساعته بعذر الليل أو بمنع ذي سلطان أو عدم موضع آخر ينقل إليه لم يحنث ، لأن حالة الضرورة مستثناة ، خلافًا لزفر . وكذا لو سد عليه الباب فلم يقدر على النقل أو كان شريفًا أو وضيعًا لا يقدر على النقل إلا منعته بنفسه ولم يجد أحدًا ينقلها لم يحنث حتى يجد من ينقلها ، ويلحق الموجود بالمعدوم للعذر .

ونوقض بما ذكر الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل أن من قال : إن لم أخرج من هذا المنزل اليوم فامرأته طالق فقيد ومنع من الخروج يحنث، وكذا لو قال لامرأته وهي في منزل والدها إن لم تحضري الليلة منزلي فأنت طالق فمنعها الوالد عن الحضور يحنث . وأجيب بأن في مسألة الكتب شرط الحنث المسكني ، وإنه فعل وجودي لا يحصل بدون الاختيار ، ولا يحصل الاختيار مع وجود الموانع المذكورة . وأما في صورة النقض فشرط الحنث عدم الخروج ، والعدم لا يحتاج إلى الاختيار .

م: (**فإن انتقل إلى السكة أو إلى المسجد قالوا لا يبر**) ش: وفي جامع «قاضي خان » اختلفوا فيه قال بعضهم : لا يحنث ، لأنه لم يبق ساكنًا فيها . وقال بعضهم : يحنث ، لأن سكناه لا ينقضي إلا بسكنى أخرى لا استدلالاً بمسألة الزيادات ، أشار إليه المصنف بقوله .

م: (**دليله في الزيادات**) ش: أي دليل ما قالوا في كتب الزيادات ، ولفظ دليل مرفوع بالابتداء وخبره قوله في الزيادات ، وقوله م: (**أن من خرج بعياله**) ش: بدل منه ، أي بأن خرج رجله م: (**من مصره**) ش: ومعه عياله م: (**فما لم يتخذ وطنًا آخر يبقى وطنه الأول في حق الصلاة**) ش: يعني لا يقصر .

قال تاج الشريعة : صورته رجل بخاري متوطن بها ، خرج منها بعياله إلى سمرقند ، فلما

كذا هذا ، والله أعلم بالصواب .

وصل إلى الكوفة مثلاً رجع وأراد الذهاب إلى خراسان ، فدخل بخارى فإنه يتم الصلاة ، لأنه ما انتقض منها في حق الصلاة ، فكذا في غيرها ، انتهى .

قلت : هذا الذي ذكره صورة ما ذكر المصنف . وأما الصورة المذكورة في الزيادات في كوفي انتقل بأهله ومتاعه إلى مكة ليس وطنها فلما وصلها بدا له أن يعود إلى خراسان فعاد ومر بالكوفة قال : يصلي بها ركعتين ، لأن وطنه بها انقطع ، وإن بدا له قبل أن يدخلها فإنه إذا مر بالكوفة قال : يصلي بها ركعتين صلى بها أربعًا ، لأنه لم يتخذ وطنًا بقي وطنه بالكوفة .

م: (كذا هذا) ش: يعني كذا حكم هذا الرجل الذي حلف لا يسكن هذه الدار أنه إذا انتقل إلى السكنة أو إلى المسجد لا يبر في يمينه ، لأنه لما لم يتخذ وطنًا آخر وطنه الأول فافهم ، فإنه موضع دقيق .

* * *

باب اليمين في الخروج والإتيان والركوب وغير ذلك

قال : ومن حلف لا يخرج من المسجد فأمر إنسانًا فحمله فأخرجه حنث ، لأن فعل المأمور مضاف إلى الآمر ، فصار كما إذا ركب دابة فخرجت ، ولو أخرجه مكرهًا لم يحنث ، لأن الفعل لم ينتقل إليه لعدم الآمر

م: (**باب اليمين في الخروج والإتيان والركوب وغير ذلك**)

ش: أي هذا باب في بيان حكم اليمين في الخروج ، وهو انفصال من الداخل إلى الخارج ، وذكر باب الخروج بعد باب الدخول تحقيقًا للمقابلة ، وذكر الإتيان لأنهما يتواردان بعد الخروج ، ذكرهما عند ذكره ، وأراد بقوله - وغير ذلك - نحو قوله لا تخرج امرأته إلا بإذنه . وقوله لرجل اجلس فقعد عندي . وقوله لا تركب دابة فلان .

م: (**قال**) ش: أي محمد في« الجامع الصغير» : م: (**ومن حلف لا يخرج من المسجد**) ش: قيد المسجد اتفاقًا ، لأن الحكم في البيت والدار كذلك ، أو نسب عدم الخروج إلى المسجد بناء على غالب حال المسلم ، لأنه في الغالب يكون ملازمًا له ولا يخرج منه ، كذلك قالوا .

قلت : المسألة في «الجامع الصغير» ، كذا وقعت ، وأوردها كما هي من غير تعبير لفظها م: (**فأمر إنسانًا فحمله فأخرجه حنث ، لأن فعل المأمور مضاف إلى الآمر فصار كما إذا ركب دابة فخرجت به**) ش: لأن خروجه ينسب إليه والدابة آلته .

م: (**ولو أخرجه مكرهًا**) ش: أي ولو أخرج هذا الحالف إنسانًا حال كونه مكرهًا م: (**لم يحنث**) ش: وبه قال الشافعي : -رحمه الله - في الأصح وأحمد في رواية م: (**لأن الفعل**) ش: أي الخروج م: (**لم ينتقل إليه**) ش: أي إلى الحالف م: (**لعدم الآمر**) ش: حاصله أنه أخرج ولم يخرج فلم يوجد شرط الحنث .

وقال مالك : إن استصعب على الحاصل لم يحنث ، وإن راضى عليه يحنث ، يعني إذا كان قادرًا على الامتناع وسكن عنده ، ويحنث ، لأن سكونه في هذه الحالة بمثابة الإذن ، وبه قال بعض أصحاب الشافعي . وصورة المسألة في الإخراج فيما إذا حمله الإنسان وأخرجه مكرهًا ، لأنه لم يوجد منه فعل حمل ، أما إذا حدده وجنح بنفسه خوفًا منه حنث لوجود الفعل منه ، وبه قال مالك .

وقال الأترازي : أما إذا حمل فرضي به بقلبه ولم يأمره ، فجوابه لم يذكر في «الجامع الصغير» قال في «شرح الطحاوي» : اختلف المشايخ فيه ، قال : بعضهم يحنث كما إذا خرج طائعًا ، لأنه لما كان ممكنًا من الامتناع فلم يمتنع صار كأمر الإخراج . وقال بعضهم : لا يحنث ، لأنه لم يوجد منه فعل ينسب إليه ، ولهذا كان يقول الفقيه أبو جعفر .

ولو حمله برضاه لا بأمره لا يحنث في الصحيح ، لأن الانتقال بالأمر لا بمجرد الرضاء . قال : ولو حلف لا يخرج من داره إلا إلى جنازة فخرج إليها ثم أتى حاجة أخرى لم يحنث ، لأن الموجود خروج مستثنى والمضي بعد ذلك ليس بخروج . ولو حلف لا يخرج إلى مكة فخرج يريدها ، ثم رجع حنث لوجود الخروج على قصد مكة ، وهو الشرط ، إذ الخروج هو الانفصال من الداخل إلى الخارج . ولو حلف لا يأتيها لم يحنث حتى يدخلها ، لأنه عبارة عن الوصول . قال الله تعالى :﴿ فأتيا فرعون فقولا له ﴾ (الشعراء : الآية ١٦) ،ولو حلف لا يذهب إليها قيل هو كالإتيان ، وقيل : هو كالخروج .

وهكذا روي عن أبي يوسف في «الأمالي» ، ثم في صورة الحمل مكرهًا لا يحنث بالاتفاق ، ولكن هل ينحل اليمين أم لا ؟ فقد اختلف المشايخ فيه ، قال بعضهم : ينحل ، وعليه السيد أبو شجاع ، فقال : سئل شيخنا شمس الأئمة الحلواني عن هذا ينحل اليمين . وقال بعضهم : لا ينحل ، وهو الصحيح ، كذا قال التمرتاشي وغيره .

م: (**ولو حمله برضاه لا بأمره لا يحنث في الصحيح**) ش: أي القول الصحيح احترازًا عن قول بعض المشايخ، وقد مر ذكره م: (**لأن الانتقال بالأمر لا بمجرد الرضاء**) ش: أي لأن انتقال الفعل إليه يكون بأمره ، ولا يكون بمجرد رضاه ، ففيه دليل أن من أمر إنسانًا بإتلاف ماله فأتلفه لم يضمن ، وإن أتلفه بغير أمره وصاحب المال ساكت لا ينهاه ضمن ، لأن فعله لم ينتقل إلى صاحب المال .

م: (**قال**) ش: أي محمد في «الجامع الصغير» م: (**ولو حلف لا يخرج من داره إلا إلى جنازة فخرج إليها ثم أتى إلى حاجة أخرى لم يحنث ، لأن الموجود خروج مستثنى ، والمضي بعد ذلك**) ش: أي بعد الخروج المستثنى م: (**ليس بخروج**) ش: لأن الخروج انفصال من الباطن إلى الخارج ولم يوجد، والوجود الإتيان إلى حاجة ليس بخروج لأنه عبارة عن الدخول والخروج عبارة عن الانفصال ، ولا دوائم للخروج بالإجماع .

م: (**و لو حلف لا يخرج إلى مكة فخرج يريدها**) ش: أي يريد مكة م: (**ثم رجع حنث لوجود الخروج على قصد مكة ، وهو الشرط إذ الخروج هو الانفصال من الداخل إلى الخارج**) ش: والانفصال لا يمتد م: (**ولو حلف لا يأتيها لم يحنث حتى يدخلها لأنه**) ش: أي لأن الإتيان م: (**عبارة عن الوصول، قال الله تعالى ﴿ فأتيا فرعون فقولا له ﴾ (الشعراء : الآية ١٦**) ش: ، لأن القول لا يكون إلا بعد الوصول إليه .

م: (**ولو حلف لا يذهب إليها**) ش: أي إلى مكة م: (**قيل هو كالإتيان**) ش: أي حكمه حكم ما لو قال لا يأتيها ، وهو قول نصر بن يحيى م: (**وقيل هو كالخروج**) ش: أي حكمه حكم ما لو قال لا يخرج إلى مكة ، وهو قول محمد بن سلمة . حاصل هذا أنه ثلاث مسائل ، الخروج والإتيان والذهاب ، ففي مسألة الخروج يحنث ، وفي مسألة الإتيان لا يحنث ، وأما مسألة الذهاب فلم

وهوالأصح ، لأنه عبارة عن الزوال قال : وإن حلف ليأتين البصرة ، فلم يأتها حتى مات حنث في آخر جزء من أجزاء حياته ، لأن البر قبل ذلك مرجو ، ولو حلف ليأتينه غداً إن استطاع ، فهذا على استطاعة الصحة دون القدرة

يذكر جوابها في «الجامع الصغير» ، واختلف فيه المشايخ كما ذكرناه م: (**وهو الأصح**) ش: أي الأصح قول من قال إن الذهاب كالخروج ، وهو قول محمد بن سلمة .م: (**لأنه**) ش: أي لأن الذهاب م: (**عبارة عن الزوال**) ش: وقد استعمل الذهاب في الأمرين جميعًا بمعنى الإتيان كما قال الله تعالى: ﴿ **اذهبا إلى فرعون** ﴾ والمراد به الإتيان والإذهاب الإزالة ، فيكون الذهاب زوالاً فلا يشترط فيه الوصول . وفي بعض النسخ بعد قوله ومعنى الإزالة كما في قوله تعالى ﴿ **ليذهب عنكم الرجس أهل البيت** ﴾ (الأحزاب : الآية ٣٣) ، أي ليزيل عبارة عن الزوال ، وليس هذا الموجود في كثير من النسخ .

م: (**قال**) ش: أي القدوري في «مختصره» :م: (**وإن حلف ليأتين البصرة فلم يأتها حتى مات حنث في آخر جزء من أجزاء حياته ، لأن البر قبل ذلك**) ش: أي قبل الموت م: (**مرجو**) ش: إلا أن الحالف ما دام حيًا مرجي وجود البر ، وهو الإتيان فلا يحنث، فإن مات فقد تعذر شرط البر ، وتحقق شرط الحنث ، وهو ترك الإتيان فيحنث في آخر جزء من أجزاء حياته ، لأن هذه اليمين مطلقة عن الوقت .

بخلاف اليمين المؤقتة ، مثل أن يقول إن لم أدخل هذه الدار اليوم فعبدي حر ، فإن اليمين معلق بآخر الوقت ولم يدخل الدار يحنث ، أما إذا فات الوقت قبل دخوله وهو حي يحنث ويعتق العبد .

م: (**ولو حلف ليأتينه غداً إن استطاع**) ش: أي لو حلف رجل ليأتني زيداً في غد إن استطاع على ذلك م: (**فهذا على استطاعة الصحة**) ش: أي صحة الأسباب والآلات ، لأن الاستطاعة تطلق على معنيين ، أحدهما هذا ، قال الله تعالى ﴿ **ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلاً** ﴾ (البقرة : الآية ١٩٦) ، وفسره رسول الله ﷺ بالزاد والراحلة ، والثاني القدرة الحقيقية .

وهو معنى قوله م: (**دون القدرة**) ش: أي لا يحمل على القدرة الحقيقية التي يترتب عليها الفعل عند إرادة جازمة يخلق الله تعالى عند الفعل لا قبله عندنا ، خلافًا للمعتزلة ، فعندهم سابقة على الفعل ، وبه قال الكرامية ، وتسمى هذه الاستطاعة القضاة على ما يجيء .

وقال الأترازي : وقول القدرة فهذا على استطاعة الصحة دون القدرة ، وقد أراد بالأول استطاعة الحال ، وبالثاني استطاعة الفعل لنا فيه نظر ، لأن المفهوم من قوله -دون القدرة - دون استطاعة القدرة ، فكأنه قال دون قدرة القدرة لأن للاستطاعة والقدرة من الألفاظ المترادفة ، وهي عبارة ركيكة .

وفسره في «الجامع الصغير» . وقال : إذا لم يمرض ولم يمنعه السلطان ولم يجئ أمر لا يقدر على إتيانه ، فلم يأت حنث، وإن عنى استطاعة القضاء دين فيما بينه وبين الله تعالى ، وهذا لأن حقيقة الاستطاعة فيما يقارن الفعل ، ويطلق الاسم على سلامة الآلات وصحة الأسباب في المتعارف فعند الإطلاق ينصرف إليه ، وتصح نية الأول ديانة ، لأنه نوى حقيقة كلامه ثم قيل تصح قضاء أيضًا لما بينا وقيل لا تصح لأنه خلاف الظاهر

ولو قال دون الفعل فكان دون القدرة كان أولى ، فلعله سهو من الكاتب صحف القدرة بالنجاة وكتب القدرة مكانه . م: (**وفسره في« الجامع الصغير»**) ش: أي محمد فسر حكم هذه المسألة في«الجامع الصغير» م: (**فقال : إذا لم يمرض ولم يمنعه السلطان ولم يجئ أمر لا يقدر معه على إتيانه ، فلم يأت حنث**) ش: وإذا امتنع من الإتيان لعذر مرض أو منع سلطان ونحو ذلك لا يحنث ، لأنه ليس بمستطيع ، وإذا امتنع بلا عذر يحنث ، لأنه مستطيع .

م: (**وإن عنى استطاعة القضاء دين فيما بينه وبين الله تعالى**) ش: أي استطاعة القضاء والقدر التي يقارن الفعل عند أهل السنة ، وسمي استطاعة القضاء لأن الفعل يوجد بإيجاد الله تعالى وقضائه وقدرته .

فإذا قضى بوجود الفعل أوجد قدرة العبد مع ذلك الفعل ولم يوجد ذلك الفعل لم يوجد القدرة ، لأنها خلقت لأجل ذلك الفعل انقضى عليه بالوجود فتمت استطاعة القضاء ، فلا يحنث ديانة أبدًا ، لأنه في أي حال لم يفعل هو غير مستطيع حقيقة ، لأنها تسبق الفعل ، ذكره البزدوي في «مبسوطه» و«جامعه» . م: (**وهذا**) ش: أشار به إلى قوله ما قبله م: (**لأن حقيقة الاستطاعة فيما يقارن الفعل**) ش: يعني لا تسبق الفعل وهي عرض يخلفه الله تعالى مع الفعل معًا وهي عليه للفعل عندنا وزعمت المعتزلة أنها سابقة على الفعل وموضع هذا علم الكلام م: (**ويطلق اسم الإستطاعة على سلامة الآلات وصحة الأسباب في المتعارف**) ش: لأن الغالب في كلام الناس هذه الاستطاعة لا استطاعة الفعل يحمل المطلق على المتعارف . وهو معنى قوله م: (**فعند الإطلاق ينصرف إليه**) ش: أي إلى المتعارف م: (**وتصح نية الأول**) ش: وهو استطاعة الفعل م: (**ديانة**) ش: يعني من حيث الديانة ، يعني فيما بينه وبين الله تعالى م: (**لأنه نوى حقيقة كلامه**) ش: لأنها مما يطلق على اسم الاستطاعة بالنصوص حتى امتنع عن الإتيان بعذر أو بغير عذر لا يحنث ، أراد في يمينه ، لأن الاستطاعة لم توجد أنها لا تسبق الفعل ، ولكن هل يصدق قضاء فيه اختلاف الرواية أشار إليه بقوله .

م: (**ثم قيل تصح**) ش: أي تصح نية الاستطاعة قضاء . قال الشيخ أبو نصر : قال الطحاوي : يصدق م: (**قضاء أيضًا لما بينا**) ش: أراد قوله لأنه نوى حقيقة كلامه م: (**وقيل لا تصح**) ش: وهو قول أبي بكر الرازي : م: (**لأنه خلاف الظاهر**) ش: فيه تحقق له .

قال : ومن حلف لا تخرج امرأته إلا بإذنه فأذن لها مرة ، فخرجت ثم خرجت مرة أخرى بغير إذنه حنث ، ولا بد من الإذن في كل خروج ، لأن المستثنى خروج مقرون بالإذن ، وما وراءه داخل في الحظر العام . ولو نوى الإذن مرة يصدق ديانة لا قضاء ، لأنه محتمل كلامه ، لكنه خلاف الظاهر . ولو قال : إلا أن آذن لك فأذن لها مرة واحدة فخرجت ثم خرجت بعدها بغير إذنه لم يحنث ، لأن هذه كلمة غاية فتنتهي اليمين به ، كما إذا قال : حتى آذن لك . ولو أرادت المرأة الخروج فقال إن خرجت فأنت طالق فجلست ثم خرجت لم يحنث ، وكذلك إن أراد رجل ضرب عبده فقال له آخر إن ضربته فعبدي حر فتركه ثم ضربه ، وهذه تسمى يمين الفور .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**ومن حلف لا تخرج امرأته إلا بإذنه فأذن لها مرة فخرجت ثم خرجت مرة أخرى بغير إذنه حنث ، ولا بد من الإذن في كل خروج ، لأن المستثنى خروج مقرون بالإذن**) ش: لأن تقديره والله لا تخرجي إلا خروجًا ملصقًا بإذني ، لأن الباء للإلصاق يقتضي ملصقًا وملصقًا به م: (**وما وراءه**) ش: أي وما وراءه المستثنى م: (**داخل في الحظر العام**) ش: لأن اليمين باقية ، لأنه نهاها عن الخروج عامًا بوقوع النكرة في موضع النفي .

م: (**ولو نوى الإذن مرة يصدق ديانة لا قضاء لأنه محتمل كلامه ، لكنه خلاف الظاهر**) ش: لكونه مخالفًا لمقتضى الباء م: (**ولو قال : إلا أن آذن لك فأذن لها مرة واحدة فخرجت ثم خرجت بعدها بغير إذنه لم يحنث**) ش: لوقوع الكفاية بإذن واحد ، واعترض عليه بقوله تعالى ﴿ **لا تدخلوا بيوت النبي إلا أن يؤذن لكم** ﴾ (الأحزاب : الآية ٥٣) ، وكان مراد الإذن لازمًا وأجيب بأن ذلك بدليل خارجي ، وهو قوله تعالى ﴿ **إن ذلكم كان يؤذي النبي** ﴾ .

م: (**لأن هذه**) ش: أي قوله إلا أن آذن لك م: (**كلمة غاية**) ش: يعني تفيد معنى الغاية ، لأن الإذن موضوع لها ، بل الاستثناء تعذر حمله عليه ، لأن صدر الكلام ليس من جنس الإذن ، حتى يستثنى الإذن منه ، فجعل مجازًا عن حق المناسبة بينهما ، وهو أن حكم ما قبل الغاية يخالف ما بعدها كما إن حكم ما قبل الاستثناء يخالف حكم ما بعده م: (**فينتهي اليمين به**) ش: أي بإذنه م: (**كما إذا قال : حتى آذن لك**) ش: حيث ترتفع اليمين بالإذن ، لأنه يصير غاية فترتفع به اليمين .

م: (**ولو أرادت المرأة الخروج**) ش: أي لو أرادت المرأة الخروج م: (**فقال إن خرجت فأنت طالق فجلست ساعة ثم خرجت لم يحنث ، وكذلك إذا أراد رجل ضرب عبده ، فقال له آخر إن ضربته فعبدي حر ، فتركه ثم ضربه**) ش: لم يعتق ، وكذلك الرجل يقول لآخر اجلس فقعد فيقول إن تغديت فعبدي حر ، ثم أتى أهله في ذلك فتغدى عندهم لم يحنث ، إنما اليمين في ذلك على الفور .

م: (**وهذه تسمى يمين الفور**) ش: أي يمين الحال ، وهي كل يمين خرجت جوابًا بالكلام أو بناء على أمر يتقيد بذلك ، بدلالة الحال ، ولا يحنث في يمينه استحسانًا ، خلافًا لزفر ، والفور مصدر فارت القدر إذا غليت فاستعير للسرعة ، ثم سميت الحالة التي ليس فيها به فصل ، جاء فلان

وتفرد أبو حنيفة -رحمه الله - بإظهاره . ووجهه أن مراد المتكلم الرد عن تلك الضربة والخرجة عرفًا ، ومبنى الأيمان عليه .ولو قال له رجل اجلس فتغد عندي ، فقال : إن تغديت فعبدي حر فخرج فرجع إلى منزله وتغدى لم يحنث، لأن كلامه خرج مخرج الجواب، فينطبق على السؤال، فينصرف إلى الغداء المدعو إليه . بخلاف ما إذا قال :إن تغديت اليوم ، لأنه زاد على حرف

فخرج من فوره ، أي من ساعته ، وفي «الفوائد الظهيرية» : سميت بهذا الاسم باعتبار ثوران الغضب .

م: (**وتفرد أبو حنيفة -رحمه الله - بإظهاره**) ش: أي لم يبينه أحد فيه ، وكانوا يقولون اليمين على نوعين مطلقة ومقيدة بوقت فاستنبط أبو حنيفة فيها قسمًا ثالثًا وهي مطلقة لفظًا ومؤقتة معنى وإنما أخذها من حديث جابر بن عبد الله -رضي الله عنهما - وابن جبير دعيا إلى نصرة إنسان فحلفا أن لا ينصراه ثم نصراه بعد ذلك لم يحنثا وأقر في ذلك العرف ومبنى الأيمان على العرف .

م: (**ووجهه**) ش: أي ووجه هذا الكلام م: (**أن مراد المتكلم الرد عن تلك الضربة**) ش: في قوله إذا أراد رجل ضرب عبده م: (**والخرجة**) ش: في قوله إن خرجت فأنت طالق م: (**عرفًا**) ش: يعني من حيث العرف م: (**ومبنى الأيمان عليه**) ش: أي على العرف وحاصل الكلام أن قصد الزوج في مسألة الخروج منعها من الخروج الذي شبهت قوله فصار كأنه قال : إن خرجت هذه الخرجة فقصدت اليمين بتلك الخرجة ، وكذلك قصده أن يمنع مولى العبد عن الضرب الذي تهيأ له ، فكأنه قال : إن ضربت هذه الضربة التي تهيأت لها فتعينت اليمين بتلك الضربة بدلالة الحالة عرفًا .

م: (**ولو قال له رجل اجلس فتغد عندي ، فقال إن تغديت فعبدي حر فخرج فرجع إلى منزله**) ش: وفي بعض النسخ فخرج إلى منزله م: (**وتغدى لم يحنث**) ش: أي في الاستحسان ، والقياس أن يحنث ، وهو قول زفر والشافعي -رحمهما الله- لأنه عقد يمينه على مطلق الغد يتناول كل غد ، كما لو قال ابتداء والله لا أتغدى .

ووجه الاستحسان وهو قوله م: (**لأن كلامه خرج مخرج الجواب**) ش: بكلامه م: (**فينطبق على السؤال ، فينصرف إلى الغداء المدعو إليه**) ش: فصار كأنه قال إن تغديت الغداء الذي دعوتني إليه فانصرف يمينه إلى ذلك الغد دلالة الحال .

م: (**بخلاف ما إذا قال إن تغديت اليوم ، لأنه زاد على حرف الجواب**) ش: لأنه ينصرف كلامه إلى الغداء المدعو إليه فلا يتقيد يمينه بذلك ، فلا يجعل في كلامه بانيًا على سؤال الرجل م: (**فيجعل مبتدئًا**) ش: في الكلام محترزًا عن إلغاء الزيادة التي تكلم فيها .

فإن قيل : ليس كذلك بأن الله تعالى قال : ﴿ **وما تلك بيمينك يا موسى ، قال هي عصاي أتوكأ عليها وأهش بها على** . . . . . . ﴾ (طه : الآية ١٨) ، فقد زاد على قدر الجواب ، ومع ذلك جعل مجيبًا لا سيدًا . قلنا كلمة ما مستعمل للسؤال على الذات والسؤال عن الصفات ، ولما استعمل

الجواب فيجعل مبتدئًا ، ومن حلف لا يركب دابة فلان فركب دابة عبد مأذون له مديون أو غير مديون لم يحنث عند أبي حنيفة -رحمه الله- ، إلا أنه إذا كان عليه دين مستغرق لا يحنث ، وإن نوى لأنه لا ملك للمولى فيه عنده ، وإن كان الدين غير مستغرق أو لم يكن عليه دين لا يحنث ما لم ينوه ، لأن الملك فيه للمولى ، لكنه يضاف إلى العبد عرفًا ، وكذا شرعًا . قال عليه السلام : من «باع عبدًا وله مال فهو للبائع ...» الحديث

في حيز السؤال أثبته على موسى - عليه السلام- أن السؤال وقع عن الذات والصفة فجمع بينهما ليكون مجيبًا على كل حال .

م: (**ومن حلف لا يركب دابة فلان فركب دابة عبد مأذون له مديون أو غير مديون لم يحنث عند أبي حنيفة -رحمه الله-**) ش: يعني إذا لم ينو ، ولا بد من تقدير هذا لأجل الاستثناء الذي يأتي الدابة ما يدب على الأرض لغة ، ولكن المراد من دابة فلان فرسه وحماره وبغله ، حتى لو ركب بعيره أو بغلته لم يحنث والقياس أن يحنث لأن اسم الدابة يتناولهما حقيقة . وفي الاستحسان لا يحنث لعلمنا أنه لم يردا لضمهم في كل ما يدب على الأرض .

وقد عقد يمينه على فعل الركوب ، فيتناول ما يركب من الدواب في الغالب وهو الخيل ، والضهم في البغال والحمير مؤيدة قوله تعالى ﴿ **والخيل والبغال والحمير لتركبوها**) ش: (النحل : الآية ٨) ، فمر بالركوب فيها وفي الأنعام بالأكل بقوله ﴿ **والأنعام خلقها لكم** ﴾ . . . . . . الآية . والفيل والبقر ، وإن كان يركب في بعض الأوقات فذلك لا يدل على أن اليمين يتناوله أن البقر والجاموس يركب أيضًا في بعض المواضع ثم لا يفهم أحد من قول القائل لا تركب دابة فلان البقرة إلا أن ينوي جميع ذلك فيقع عليه ما نوى حقيقة كلامه وفيه تشديد عليه ، ولو نوى الخيل وحدها لا يصدق لا قضاء ولا ديانة ، لأن في لفظه لفظ الركوب لا المركب وبنيته يصح في اللفظ لا فيما لفظه التخصيص .

م: (**إلا أنه**) ش: أشار من يقدر غيرملفوظ ، وهو الذي قدرناه بعد قوله لم يحنث ، يعني إذا لم ينو يعني لا يحنث بركوب دابة العبد المأذون ، سواء كان عليه دين أو لم يكن إذا لم ينو ، إلا أنه م: (**إذا كان عليه دين مستغرق**) ش: بكسر الراء م: (**لا يحنث وإن نوى**) ش: واصل بما قبله ، أي وإن نوى ركوب العبد م: (**لأنه لا ملك للمولى فيه**) ش: أي في العبد الذي استغرق دين كسبه م: (**عنده**) ش: أي عند أبي حنيفة .

م: (**وإن كان الدين غير مستغرق أو لم يكن عليه دين لا يحنث ما لم ينوه**) ش: فإذا نواه حنث م: (**لأن الملك فيه للمولى ، لكنه مضاف إلى العبد عرفًا**) ش: أي من حيث العرف ، حيث يقال دابة عبد فلان م: (**وكذا**) ش: أي وكذا يضاف إلى العبد م: (**شرعًا**) ش: أي من حيث الشرع ، استدل عليه بقوله م: (**قال عليه السلام**) ش: أي قال النبي ﷺ م: (**من باع عبدًا وله مال فهو للبائع**

فتختل الإضافة إلى المولى فلا بد من النية . وقال أبو يوسف -رحمه الله: في الوجوه كلها يحنث إذا نواه لاختلال الإضافة . وقال محمد -رحمه الله: يحنث وإن لم ينو لاعتبار حقيقة الملك ، إذ الدين لا يمنع وقوعه للسيد عندهما .

الحديث) ش: قال الأترازي : كذا ذكر فخر الإسلام في « الجامع الصغير ». وقال الكاكي : وتمامه فما له لمولاه . وفي بعض الروايات فهو لبائعه .

قلت : هذا الحديث أخرجه الأئمة الستة كلهم عن الزهري عن سالم عن ابن عمر -رضي الله تعالى عنهما - قال : قال رسول الله ﷺ « **من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترط المبتاع ومن باع نخلاً فثمره للبائع إلا أن يشترط المبتاع** » م: (**فتختل الإضافة إلى المولى**) ش: لأنه يضاف إلى المولى م: (**فلا بد من النية**) ش: ويضاف إلى العبد أيضًا ولا يدخل تحت مطلق الإضافة إلا بالنية .

م: (**وقال أبو يوسف في الوجوه كلها**) ش: أي فيما إذا لم يكن عليه دين أو كان عليه دين مستغرق أو غير مستغرق م: (**يحنث إذا نواه لاختلال الإضافة**) ش: أي إضافة الدابة تارة إلى المولى وتارة إلى العبد كما ذكرنا .

م: (**وقال محمد** : -رحمه الله- **يحنث**) ش: أي في الوجوه كلها سواء كان عليه دين أو لا ، وسواء كان الدين مستغرقًا أو لم يكن ، وسواء نوى أو لم ينو ، لأن دابة مملوك له ، فوجب أن يحنث ، لأن العبد وما في يده لمولاه م: (**وإن لم ينو**) ش: واصل بما قبله م: (**لاعتبار حقيقة الملك**) ش: يعني للمولى م: (**إذ الدين لا يمنع وقوعه**) ش: أي وقوع الملك م: (**للسيد عندهما**) ش: أي عند أبي يوسف ومحمد ، ويقول قال : مالك والشافعي -رحمهما الله - وأحمد ، ولو ركب دابة مكاتبه لا يحنث في قولهم جميعًا . ولو قال : أعتقت عبدي وله عبد فهو على هذا الخلاف .

❊ ❊ ❊

باب اليمين في الأكل والشرب

قال : ومن حلف لا يأكل من هذه النخلة فهو على ثمرها؛ لأنه أضاف اليمين إلى ما لا يؤكل فينصرف إلى ما يخرج منه ، وهو الثمر ، لأنه سبب له فيصلح مجازاً عنه

م: (باب اليمين في الأكل والشرب)

ش: أي هذا باب في بيان حكم ما إذا حلف لا يأكل أو لا يشرب لما ذكر أول حاجة الإنسان ، وهو المسكن ذكر بعده ما يحتاج إليه في البقاء وهو الأكل والشرب ، والأصل أن الأكل إيصال شيء إلى جوفه مما يتأتى فيه المضغ والهشم مهشوماً ممضوغاً أو غير ممضوغ .

والشرب إيصال شيء إلى جوفه مما لا يتأتى فيه الهشم والمضغ والذوق عبارة عن معرفة الشيء من غير إحالة عينه أن الحقيقة تترك بدلالة حالة المتكلم كما في يمين الفور ، وبدلالة محل الكلام ، وبدلالة اللفظ في نفسه ، وبدلالة العادة .

وذكر الزندوسي : الأكل والشرب عبارة عن عمل الشفاه والحلق والذوق عبارة عن عمل الشفاه دون الحلق . والابتلاع عبارة عن عمل الحلق دون الشفاه والمص عبارة عن عمل اللهاة خاصة .

فعلى هذا لو حلف لا يأكل شيئاً فابتلع ما فيه لا يحنث لكن ذكر في «فتاوى أبي الليث» مسألة تدل على الحنث، ولو حلف لا يأكل عنباً أو رماناً فجعل يمضغ ويرمي تفله ويبلع ماء لم يحنث ، لأن هذا يسمى مصاً لا أكلاً ولا شرباً .

والحاصل أن الذي يصل إلى جوف الإنسان أربعة أوجه مأكول ومشروب وممضوغ وملعوق فذكرت الثلاثة الأول وبقي اللعوق ، وهو ما يتناوله باللحس بالأصبع والشفاه ، ولو حلف لا يأكل هذا اللبن فشربه لم يحنث إذا ثرد فيه .

ولو حلف لا يثرد فيه فأكله لا يحنث ، قالوا : هذا إذا كان اليمين بالعربية ، أما إذا كان بالفارسية فأكل أو شرب يحنث ، وعليه الفتوى ، كذا في «الوجيز» و«فتاوى قاضي خان» .

م: (قال) ش: أي القدوري : م: (**ومن حلف لا يأكل من هذه النخلة فهو على ثمرها**) ش: أي اليمين على ثمرها بالثاء المثلثة ، حتى لو كانت لا ثمرة لها يقع على ثمنها ذكر في «الفوائد الحميدية» في «فتاوى الولوالجي» إذا أكل عين النخلة لا يحنث وإن نوى م: (**لأنه أضاف اليمين إلى ما لا يؤكل فينصرف إلى ما يخرج منه وهو الثمر ، لأنه سبب له**) ش: الضمير في منه وفي لأنه يرجع إلى ما في قوله إلى ما يؤكل وهو عبارة عن النخلة ، لأن النخلة لما كانت سبباً لا يخرج منها م: (**فيصلح مجازاً عنه**) ش: الضمير في عنه يرجع إليها فيما يخرج ، وكونه مجازاً بطريق إطلاق اسم السبب على المسبب .

لكن الشرط أن لا يتعين بصيغة جديدة حتى لا يحنث بالنبيذ والخل والدبس المطبوخ وإن حلف لا يأكل من هذا البسـر فصار رطبًا فأكله لـم يحنث ، وكذا إذا حلف لا يأكل من هذا الرطب أو من هذا اللبن فصار الرطب تمراً أو صار اللبن شيرازاً لم يحنث، لأن صفة البسورة والرطوبة داعية إلى اليمين

م: (**لكن الشرط أن لا يتعين**) ش: أي ثمر النخلة م: (**بصيغة جديدة ، حتى لا يحنث بالنبيذ**) ش: أي بالنبيذ الذي يعمل من ثمرها م: (**والخل**) ش: أي وكذا لا يحنث بالخل الذي يفعل منه م: (**والدبس المطبوخ**) ش: أي وكذا لا يحنث بالدبس المطبوخ منه ، لأن ما صنع من ذلك الثمر من الأشياء المذكورة ليس بثمر .

كما إذا حلف لا يأكل من هذا العنب فأكل من الزبيب أو عصيره لا يحنث ، وإنما قيد الدبس بالمطبوخ احترازاً عما إذا أطلق الدبس على ما يصير من الرطب وغيره، ذكره في «الذخيرة»، وفي «المجمل» : الدبس عصارة الرطب .

م: (**وإن حلف لا يأكل من هذا البسر**) ش: فهو على ما يخرج منه ، وهو حصرمه وعنبه وزبيبه ودبسه ، أي عصيره . ولو أكل من خل من ذلك لم يذكر محمد في «الجامع الكبير» .

وقال البستاني في «شرح الجامع الكبير» : ينبغي أن لا يحنث ، لأنه لا يخرج من النخل والكرم كذلك ، وذكر الفقيه أبو الليث أنه لا يحنث . وإن حلف لا يأكل من هذا البسر قال الجوهري : البسر أوله طلع ثم حلال ثم بلح ثم بسر ثم رطب ثم تمر والواحدة بسرة م: (**فصار رطبًا فأكله لم يحنث**) ش: لأن اليمين إذا تعلق باسم يبقى ببقاء ذلك الاسم، وتزول بزواله عليها ما يبقى .

م: (**وكذا**) ش: أي وكذا لـم يحنث م: (**إذا حلف لا يأكل من هذا الرطب أو من هذا اللبن فصار الرطب تمرًا واللبن شيرازًا لم يحنث**) ش: أي أو صار اللبن شيرازًا بكسر الشين المعجمة وسكون الياء آخر الحروف وبالراء بعدها الألف في آخره راء ، وهو اللبن الرائب ، أي الخاثر إذا استخرج تاءه قاله الأترازي .

وقال الكاكي مثله ، إلا أنه قال بعده حتى صار [. . .] كالفالوذج الخاثر، ولم يذكره الجوهري ، ويفهم من كلام صاحب «المغرب» أنه فارسي وليس بعربي، وهذا التغيير الذي ذكر يقال له في لغة البلوين - قيرس - وهو الجبن ، يجعل في خرقة ويعقد رأسها ويعلق عليه وتد ويتقاطر منه الماء الذي فيه جميعه ويصير كالفالوذج .

م: (**لأن صفة البسورة والرطوبة**) ش: وهي كونها بسرًا ، أو الرطوبة وهي كونها رطبًا م: (**داعية إلى اليمين**) ش: فلا ينصرف إلى ما يتخذ منه ، والقاعدة في هذا أن اليمين إذا انعقدت على يمين كان موصوفًا ندع ذلك الوصف إلى اليمين فتنعقد اليمين تبعًا لذلك الوصف فيتنزل منزلة الاسم

وكذا كونه لبنًا فيتـقيد به ، ولأن اللبن مأكول فلا ينصرف اليمين إلى مـا يتخذ منه ، بخلاف ما إذا حلف لا يكلم هذا الصبي أو هذا الشاب فكلمه بعد ما شاخ ،لأن هجران المسلم بمنع الكلام منهي عنه ، فلا يعـتبر الداعي داعـيًا في الشرع . ولو حلف لا يأكل لحم هذا الحـمل فأكل بعد مـا صار كبشًا حنث ، لأن صفة الصغر في هذا ليست بداعيـة إلى اليمين ، فإن الممتنع عينه أكثر امتناعًا عن لحم الكبش . قال : ومن حلف لا يأكل بسرًا فأكل رطـبًا لم يحنث ، لأنه ليس ببسر . ومن حلف لا يأكل رطبًا أو بسرًا أو حلف لا يأكل رطبًا أو بسرًا فأكل مذنبًا

فلذلك لا يحنث في الصورة المذكورة .

م: (**وكذا كـونه لبنًا**) ش: داع إلى اليـمين م: (**فيتـقيد به**) ش: أي باللبن حتى لا يحنث بأكل شرازه وقـال الشافعي : -رحمه الله - يحنث وتوقف فيه بعض أصحابه م: (**ولأن اللبن مأكول فلا ينصرف اليمين إلى ما يتخذ منه**) ش: أي من اللبن مثل زبده وشرازه ، لأن ما عقد عليه اليمين عنه توكل فلم ينصرف إلى ما يتخذ منه ، أي من اللبن م: (**بخلاف ما إذا حلف**)

ش: جواب عـما يقال فعلى ما ذكرتم إذا حلف م: (**لا يكلم هذا الصبي أو هذا الشـاب ، فكلمه بعد ما شاخ**) ش: ينبغي أن لا يحنث ، لأن الصبا مظنة الشفقة والشباب شعبة من الجنون ، فكانا وصفين داعيين إلى اليمين ،وقد زالا عند الشيـخوخة ، فكان الواجب أن لا يحنث . فأجاب بقوله بخلاف ما إذا حلف أي الحالف لا يكلم هذا الصبي أو هذا الشاب فكلمه أي فكلم الصبي أو الشاب بعد ما صار شيخًا حنث .

م: (**لأن هجران المسلم بمنع الكلام منهي عنه**) ش: قال النبي ﷺ : « **من لم يرحم صغـيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس منا** » ، وترك الرحمة بالصغير وترك التوقير للكبير من أعظم الهـجران م: (**فلا يعتبر الداعي**) ش: يعني إلى هذا اليمين م: (**داعيًا في الشرع**) ش: لأن المهجور شرعًا كالمهجور عادة فانعقدت اليمين على الذات وهي موجودة حالة الشيخوخة ، فيحنث في يمينه . واعترض على دليل الكتب بأن سلمنا أن هجران المسلم حرام ، لكن الحرام يقع محلوفًا عليه كما لو قال والله ليشربن الخمر خمرًا . وأجيب : بأن الكلام في الحقيقة يجوز أن يترك هجران الشرع فيما إذا كان الكلام محتملاً للمجاز حلالاً من المسلم على الصلاح . وأما أن ينعقد اليمين على الحرام المحض فلا كلام فيه . م: (**ولو حلف لا يأكـل لحم هذا الحـمل**) ش: بفتح الحاء المهملة والميم ، وهو ولد الضأنية في السنة الأولى ، والجمع حملان م: (**فأكل بعد مـا صار كبشًا حنث ، لأن صفـة الصغر في هذا ليست بداعية إلى اليمين** ، **فإن الممتنع عينه**) ش: أي عين الحمل م: (**أكثر امتناعًا عن لحم الكبش**) ش: فلم يقيد اليمين بلحم الحمل .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**ومن حلف لا يأكل بسرًا فأكل رطبًا لم يحنث ، لأنه ليس ببسر ومن حلف لا يأكل رطبًا أو بسرًا أو حلف لا يأكل رطبًا أو بسرًا فأكل مذنبًا**) ش: بكسر النون، وهو ما

حنث عند أبي حنيفة - رحمه الله . وقالا : لا يحنث في الرطب يعني بالبسر المذنب ولا في البسر بالرطب المذنب ، لأن الرطب المذنب يسمى رطبا ، والبسر المذنب يسمى بسراً ، فصار كما إذا كان اليمين على الشراء ، وله أن الرطب المذنب ما يكون في ذنبه قليل بسر ، والبسر المذنب على عكسه ، فيكون أكله أكل البسر والرطب ، وكل واحد مقصود في الأكل بخلاف الشراء ، لأنه يصادف الجملة فيتبع القليل فيه الكثير .

يبدأ الإرطاب من قبل ذنبه ، وتفسيره البسر المذنب هو الذي عامته بسر وفيه شيء من الرطب من قبل ذنبه م: (**حنث عند أبي حنيفة -رضي الله عنه -**) ش: ذكر المصنف أبا حنيفة وحده . وذكر في «الإيضاح» و«المبسوط »و«الأسرار» و«شروح الجامعين» قول محمد مع أبي حنيفة في أنه يحنث . وفي «النهاية» والله أعلم بصحته . وفي «الكافي»: هكذا ذكر في «الهداية» ، والنسخ المعتبرة تشهد بأنه مع أبي حنيفة ، وبه قال الشافعي -رحمه الله - وأحمد .

م: (**وقالا**) ش: أبو يوسف ومحمد : ، وبه قال الإصطخري وأبو علي من أصحاب الشافعي -رحمه الله- م: (**لا يحنث في الرطب ، يعني بالبسر المذنب ، ولا في البسر بالرطب المذنب**) ش: أي ولا يحنث في قوله لا يأكل بسراً فأكل رطبًا مذنبًا م: (**لأن الرطب المذنب يسمى رطبًا ، والبسر المذنب يسمى بسراً ، فصار كما إذا كان اليمين على الشراء**) ش: يعني لو حلف لا يشتري رطبًا فاشترى بسراً مذنبًا لا يحنث .

م: (**وله**) ش: أي ولأبي حنيفة م: (**أن الرطب المذنب ما يكون في ذنبه قليل بسر ، والبسر المذنب على عكسه**) ش: وهو ما يكون في ذنبه قليل رطب م: (**فيكون أكله**) ش: أي أكل كل واحد من الرطب المذنب والبسر المذنب م: (**أكل البسر والرطب**) ش: فيحنث في الصورتين ، وإن كان أحدهما غالبًا والآخر مغلوب . ألا ترى أنه لو ميزه فأكله حنث بالاتفاق ، وعلل المصنف بقوله م: (**وكل واحد مقصود في الأكل**) ش: لأن الأكل فعل حسن ، وهو المضغ والابتلاع ، وكل جزء مقصود بالأكل ، لأنه إنما يأكل شيئًا فشيئًا فتحقق أكل البسر والرطب من الحالف فيحنث م: (**بخلاف الشراء**) ش: لأن كل جزء غير مقصود بالشراء م: (**لأنه**) ش: أي لأن اليمين م: (**يصادف الجملة**) ش: يعني يضاف إلى الجملة م: (**فيتبع القليل فيه الكثير**) ش: لأن المغلوب يكون تبعًا للغالب.

فإن قلت : يشكل إذا حلف لا يشرب هذا اللبن فصب فيه ماء غلب اللبن لا يحنث ولا شرب المحلوف عليه وزيادة .

قلت : إن اللبن بانصباب الماء فيه يتسع في جميع أجزاء الماء فيصير مشتبهًا ولهذا لا ترى مكانه بخلاف ما نحن فيه لأنه يرى مكانه وكان قائمًا زمان التناول .

فإن قلت : بلى ، ولكن الحنث لا يحنث إلا بالمضغ والابتلاع ، **وعند ذلك يصير مستهلكًا ،**

ولو حلف لا يشتري رطبًا ، فاشترى كباسة بسر فيها رطب لا يحنث ؛ لأن الشراء يصادف الجملة، والمغلوب تابع . و لو كانت اليمين على الأكل يحنث ؛ لأن الأكل يصادفه شيئًا فشيئًا ، فكان كل منهما مقصودًا ، وصار كما إذا حلف لا يشتري شعيرًا أو لا يأكله فاشترى حنطة فيها حبات شعير وأكلها يحنث في الأكل دون الشراء لما قلنا ، قال : ولو حلف لا يأكل لحمًا فأكل لحم السمك لا يحنث ، والقياس أن يحنث لأنه يسمى لحمًا في القرآن

وصار هذا بمنزلة ما لو حلف لا يأكل حنطة فأكل شعيرًا فيه حبات حنطة إن أكل حبة يحنث ، وإن جمع بين الحبات من النوعين في الأكل لا يحنث ، لأنها إذ ذاك تصير مستهلكة .

قلت : يعني الاستهلاك فيما ذكرت من النظير أظهر وأبين لأنه إذ ذاك لا يحنث من طعم الحنطة شيئًا في حلقه، بخلاف ما إذا أكل مذنبًا أو رطبًا مذنبًا ، لأنه يجد في حلقه شيئًا من خوصة البسر وحلاوة الرطب .

قال : أي محمد : وليس في كثير من النسخ لفظة قال : م: (**ولو حلف لا يشتري رطبًا فاشترى كباسة بسر**) ش: بكسر الكاف وهو الفتو والفتا أيضًا . وقال لعود القذف وهو عومة الكباسة العرجون والأهان ، كذا ذكر أبو عبيد في غريب المصنف م: (**فيها**) ش: أي في الكباسة م: (**رطب لا يحنث ، لأن الشراء يصادف الجملة ، والمغلوب تابع**) ش: للغالب ، وهذه المسألة كالبيان للمسألة المتقدمة ، وهو ظاهر .

م: (**ولو كانت اليمين على الأكل يحنث**) ش: بأن حلف لا يأكل رطبًا فأكله من كباسة بر فيها رطب يحنث م: (**لأن الأكل يصادفه**) ش: أي يصادف الرطب م: (**شيئًا فشيئًا ، فكان كل واحد منهما**) ش: أي من الرطب والبسر م: (**مقصودًا ، فصار حكمه كما إذا حلف لا يشتري شعيرًا أو لا يأكله**) ش: أي لو حلف لا يأكل شعيرًا م: (**فاشترى حنطة فيها حبات شعير فأكلها يحنث في الأكل دون الشراء**) ش: أي لا يحنث في الشراء م: (**لما قلنا**) ش: وهو أن الشراء يصادف الجملة ، والأكل يصادفه شيئًا فشيئًا .

ولو عقد اليمين على البر يحنث في الوجوه كلها ، لأن الحقيقة تركب في الأمر للعرف ، ولا عرف للبر ، فتعتبر الحقيقة ، بخلاف القطن والكتان ، بأنه لو حلف لا يمس قطنًا أو كتانًا فمس ثوبًا اتخذ من قطن أو كتان لا يحنث فيهما .

م: (**قال**) ش: أي محمد في «الجامع الصغير» : م: (**ولو حلف لا يأكل لحمًا فأكل لحم السمك لا يحنث**) ش: وهو ظاهر مذهب الشافعي وأحمد م: (**والقياس أن يحنث**) ش: وهو قول مالك وأحمد في رواية بعض أصحاب الشافعي م: (**لأنه يسمى لحمًا في القرآن**) ش: قال الله تعالى : ﴿**ومن كل تأكلون لحمًا طريًا**﴾ (فاطر : الآية ١٢) ، والمراد منه لحم السمك بالفعل . وقال في «شرح الطحاوي» وروي عن أبي يوسف أنه قال : يحنث .

وجه الاستحسان أن التسمية مجازية ؛ لأن اللحم منشأه من الدم . ولا دم فيه لسكونه في الماء ، وإن أكل لحم خنزير أو لحم إنسان يحنث ، لأنه لحم حقيقي ، إلا أنه حرام ، واليمين قد يعقد للمنع من الحرام

م: (**وجه الاستحسان أن التسمية**) ش: أي تسمية لحم السمك م: (**مجازية**) ش: أي بطريق المجاز م: (**لأن اللحم منشأه من الدم**) ش: ولحم السمك لا ينشأ من الدم ، إذ الدموي لا يسكن الماء ولا يباح عن مطلقه بدلالة الألفاظ ، ومبنى الأيمان على العرف لا على ألفاظ القرآن ، ولهذا لو حلف لا يركب دابة فركب كافرًا لا يحنث بالإجماع ، وإن سماه في القرآن ، دابة ، والعرف معنا ، لأنه لا يسمى بائعه لحمًا ولا مستعمل استعمال اللحوم في المباحات ، إلا أن ينوي فحينئذ يعتبر ، لأنه لحم من وجه فيه تشديد عليه .

ولو حلف لا يجلس على الوتد فجلس على الجبل لا يحنث ، وإن كان قال الله تعالى ﴿**والجبال أوتادا**﴾ (النبأ : الآية ٧) ، لأن اللحم منشأه من الدم م: (**ولا دم فيه لسكونه في الماء**) ش: لأن بين الدم والماء منافاة في طبعهما .

فإن قلت : الدم موجود في السمك .

قلت : دم ضعيف ، لأن الدم إذا شمس اسود ، ودم السمك ليس كذلك .

م: (**وإن أكل لحم خنزير أو إنسان**) ش: أي أو لحم إنسان م: (**يحنث**) ش: وبه قال مالك وأحمد والشافعي -رحمه الله- في قول م: (**لأنه لحم حقيقي ، إلا أنه حرام ، واليمين قد ينعقد للمنع من الحرام**) ش: والحرام لا يمنع انعقاد اليمين ، ألا ترى أنه لو حلف لا يشرب شرابًا فشرب الخمر يحنث .

واعترض بأن الكفارة فيها معنى العبادة فلا يناط وجوبها بما هو حرام محض وأكل لحم الخنزير والإنسان حرام محض ، فكيف يتعلق وجوبه .

وأجيب : بأن هذه مغالطة ، لأن الكفارة تجب بعد يمين نقضت بالحنث وقد وجدت ، وكون الحنث بأمر مباح أو حرام لا مدخل له في ذلك ، هذا الذي ذكره الأكمل -رحمه الله- .

وقال الأترازي : **فإن قلت** : قد ثبت قبل هذا أن مبنى الأيمان على العرف ولا سبق أوهام الناس من لفظ اللحم أنه لحم الخنزير والإنسان ، فينبغي أن لا يحنث .

قلت : أن الناظر لو ينظر إلى لحم الخنزير أو الإنسان سماه لحمًا على الإطلاق ، بخلاف لحم السمك ، فإنه لا يسمى لحمًا على الإطلاق ، فظهر الفرق . وقال الكاكي : ولا يقال الكفارة فيها معنى العبادة ، فكيف يجب بالحرام المحض ، لأنا نقول الحل والحرمة يراعى في السبب لا في الشرط ، وسبب وجوب الكفارة اليمين لا الحنث ، وإنما لا يجوز به التكفير قبل الحنث ليكون

وكذا إذا أكل كبدًا أو كرشًا ؛ لأنه لحم حقيقة فإن نموه من الدم ويستعمل استعمال اللحم ، وقيل في عرفنا لا يحنث ، لأنه لا يعد لحمًا .

اليمين موصوفًا بالإباحة والحظر .

وأصل اليمين مباح ، والحنث حرام ، كذا قيل . وقال الشافعي في وجه لا يحنث ، وبه قال أشهب المالكي ، لأن اليمين يقع على العادة ، وهذا قاله الزاهد العتابي من أصحابنا ، فلا يحنث وعليه الفتوى ، ذكره في« الكافي» .

وقال الأترازي : قال الإمام السغناقي في شرح الجامع الصغير : في لحم الخنزير والآدمي ، قيل الحالف إذاكان مسلمًا ينبغي أن لا يحنث لأن أكله ليس بمتعارف ، ومبنى الأيمان على العرف ثم قال : وهو الصحيح .

م: (**وكذا**) ش: أي وكذا يحنث م: (**إذا أكل كبدًا أو كرشًا**) ش: فيما إذا حلف لا يأكل لحمًا م: (**لأنه لحم حقيقة**) ش: أي لأن كل واحد من الكبد والكرش لحم حقيقة ، وفيه نظر لا يخفى م: (**فإن نموه**) ش: بضم النون والميم وتشديد الواو المفتوحة ، وهو مصدر نما ينمو نماه الله ، إنما قال الجوهري : نما المال وغيره ينما نما وربما قالوا ينمو نموًا . وقال الكسائي : لم أسمعه بالواو ، وحكى أبو عبيدة من ينمو وسمى م: (**من الدم ويستعمل استعمال اللحم**) ش: وفيه نظر أيضًا .

م: (**وقيل في عرفنا لا يحنث ، لأنه لا يعد لحمًا**) ش: ينبغي أن يكون هذا صحيحًا . قال : في «خلاصة الفتاوى» ولو أكل شيئًا من البطون كالكبد والطحال يحنث ، هذا في عرف أهل الكوفة وفي عرفنا لا يحنث .

وكذا قال صاحب «المحيط » : في عرفنا لا يحنث ، لأنه لا يعد لحمًا ولا يستعمل استعمال اللحوم .

قلت : هذا ظاهر ، فلا يقال لبياع الكبود لحمًا ولا لبياع الكروش لحمًا ولا يستعملان في الطباخ موضع اللحم . وفي «المحيط» لو أكل اللحم التي قيل يحنث ، وبه قال الشافعي وأحمد وقيل لايحنث ، وبه قال مالك .

ولو أكل الرأس والأكارع يحنث ، وبه قال الشافعي : -رحمه الله- في الأصح وأحمد في رواية ، ويأكل القلب يحنث عندنا ، وبه قال الشافعي : -رحمه الله- في وجه ، ولهذا قال ﷺ « **إن في الجسد مضغة** » والمضغة القطعة من اللحم .

وقال الشافعي : في الأصح لا يحنث وبأكل الشحم والإلية لا يحنث إلا إذا نوى في اليمين باللحم ، وبه قال الشافعي -رحمه الله - في الأصح وأحمد وبأكل شحم الظهر يحنث ، وبه قال الشافعي في الأصح ومالك في وجه لا يحنث ، وبه قال أحمد لأنه يعرف باسم آخر ، قال الله

قال : ولو حلف لا يأكل أو لا يشتري شحمًا لم يحنث إلا في شحم البطن عند أبي حنيفة - رحمه الله، وقالا : يحنث في شحم الظهر أيضًا وهو اللحم السمين لوجود خاصية الشحم فيه ، وهو الذوب بالنار . وله أنه لحم حقيقة ، ألا ترى أنه ينشأ من الدم ، ويستعمل استعماله ويحصل به قوته . ولهذا يحنث بأكله في اليمين على أكل اللحم ، ولا يحنث ببيعه في اليمين على بيع الشحم

تعالى ﴿ حرمنا عليهم شحومهما إلا ما حملت ظهورهما ﴾ (الأنعام : الآية ١٤٦).

م: (قال) ش: أي محمد في الجامع الصغير م: (**ولو حلف لا يأكل أو لا يشتري شحمًا لم يحنث إلا في شحم البطن عند أبي حنيفة -رضي الله عنه-**) ش: حتى لو أكل كل شحم وهو الذي خالطه لحم لم يحنث عنده ، وهو الصحيح .

وقال الطحاوي : -رحمه الله - قول محمد مثل قول أبي حنيفة -رحمه الله- وبقول أبي حنيفة قال الشافعي : -رحمه الله- في الأصح ومالك .

م: (**وقالا**) ش: أي أبو يوسف ومحمد م: (**يحنث في شحم الظهر أيضا ، وهو اللحم السمين**) ش: وبه قال الشافعي -رحمه الله - في وجه واحد في رواية م: (**لوجود خاصية الشحم فيه ، وهو الذوب بالنار**) ش: ويصلح لما يصلح له شحم البطن ، وكان كشحم البطن ، ألا ترى أنه تعالى استثنى شحم الظهر بقوله ﴿ **إلا ما حملت ظهورهما** ﴾ والأصل أن المستثنى أن يكون من خبر المستثنى عنه .

م: (**وله**) ش: أي ولأبي حنيفة م: (**أنه**) ش: أي شحم الظهر م: (**لحم حقيقة ، ألا ترى أنه ينشأ من الدم ويستعمل استعماله**) ش: استعمال اللحم في الحافية اتخاذًا تصلها العلايا م: (**ويحصل به قوته**) ش: أي ويحصل بشحم الظهر قوة اللحم ومرقه يسمى مرقة اللحم فلم يكن شحمًا مطلقًا ، فلا يحنث آكله م: (**ولهذا يحنث بأكله**) ش: أي بأكل شحم الظهر م: (**في اليمين على أكل اللحم ولا يحنث ببيعه في اليمين على بيع الشحم**) ش: قال تاج الشريعة : متى عقد يمينه على الشراء ذكر شمس الأئمة السرخسي لأنه لا يحنث بشراء شحم الظهر بالاتفاق ، والخلاف فيما إذا لم ينو .

وفي «الذخيرة» : والصحيح قول أبي حنيفة . وفي «الكافي » : فصارت الشحوم أربعة ، شحم الظهر ، وشحم مختلط بالعظم ، وشحم على ظلة الأمعاء ، وشحم البطن . وفي شحم البطن يحنث بالاتفاق ، والثلاثة على الاختلاف . ولو كانت يمينه على الشراء لم يحنث بالاتفاق . وقيل هو على الخلاف أيضًا .

وفي «جامع قاضي خان» : اختلف المشايخ في محل الخلاف ، قيل محل الخلاف في اللحم السمين على الظهر . وقيل في الشحم المتصل من داخل ، فإن كان الخلاف في اللحم السمين فكلام أبي حنيفة أظهر ، وإن كان الخلاف في اللحم المتصل بالظهر فكل منهما أظهر . وقال

وقيل هذا بالعربية ، فأما اسم - بيه - بالفارسية لا يقع على شحم الظهر بحال . ولو حلف لا يشتري أو لا يأكل لحمًا ، أو شحمًا فاشترى إلية أو أكلها لم يحنث ، لأنه نوع ثالث حتى لا يستعمل استعمال اللحوم والشحوم . ومن حلف لا يأكل من هذه الحنطة لم يحنث حتى يقضمها ولو أكل من خبزها لم يحنث عند أبي حنيفة - رحمه الله - وقالا إن أكل من خبزها حنث أيضًا

الإمام أبو حنيفة أظهر ، وإن كان الخلاف في اللحم المتصل بالظهر ، فكلاهما أظهر .

وقال الإمام السرخسي : لا يحنث بشحم الظهر في قولهم جميعًا ، أما الاستثناء فمنقطع بدليل استثناء الحوايا بقوله ﴿ **أو الحوايا أو ما اختلط بعظم** ﴾ .

ولو قيل : المراد ما حملته الحوايا .

قلنا : ذاك إخبار وهو خلاف الأصل ، والانقطاع في الاستثناء ، وإن كان خلاف الأصل لكنه ثبت بالدليل ، وهو قوله ﴿ **أو ما ختلط بعظم** ﴾ لأن أحدًا لم يقل بأن مخ العظم شحم ، كذا في «جامع السرخسي» - رحمه الله - .

م: (**وقيل هذا بالعربية**) ش: أي هذا الاختلاف إذا قاله بالعربية . وقال في «**المحيط**» هذا الاختلاف في عرفهم م: (**فأما اسم - بيه-**) ش: بكسر الباء الفارسية وسكون الياء آخر الحروف والهاء م: (**بالفارسية**) ش: أي باللغة الفارسية م: (**لا يقع على شحم الظهر بحال**) ش: يعني أصلاً لعدم العرف ، وإذا حلف لا يأكل أكلاً ينبغي أن يقع على شحم الظهر والبطن والإلية جميعًا . وفي بعض النسخ جعل هذا من المنفي وليس بصحيح .

م: (**ولو حلف لا يشتري أو لا يأكل لحمًا أو شحمًا فاشترى إلية وأكلها لم يحنث لأنه**) ش: أي لأن الإلية دبر والضمير على تأويل المذكور م: (**نوع ثالث حتى لا يستعمل استعمال اللحوم والشحوم**) ش: وبه قال بعض أصحاب الشافعي - رحمه الله - . وقال بعض أصحابه : وهو شحم فيحنث بيمين الشحم لا اللحم ، وبه قال أحمد ، ولو حلف لا يأكل لحم شاة . فأكل لحم غيره يحنث .

وذكر أبو الليث أنه لا يحنث ، سواء كان الحالف مصريًا أو قرويًا ، وعليه الفتوى . حلف لا يأكل لحم بقرة فأكل لحم جاموس لم يحنث .

م: (**ومن حلف لا يأكل من هذه الحنطة لم يحنث حتى يقضمها**) ش: القضم الأكل بأطراف الأسنان . وفي «الكافي» ولا نية له فأكل من خبزها وسويقها لم يحنث عند أبي حنيفة ، وكذا من دقيقها حتى يقضمها ، وبه قال الشافعي - رحمه الله - ومالك م: (**ولو أكل من خبزها**) ش: أي من خبز هذه الحنطة التي حلف عليها م: (**لم يحنث ، وهذا**) ش: أي عدم الحنث م: (**عند أبي حنيفة - رحمه الله -**) ش: م: (**وقالا**) ش: أي أبي يوسف ومحمد م: (**إن أكل من خبزها حنث**

لأنه مفهوم منه عرفًا ، ولأبي حنيفة - رحمه الله - أن له حقيقة مستعملة فإنها تغلى وتقلى وتؤكل قضمًا ، وهي قاضية على المجاز المتعارف على ما هو الأصل عنده ، ولو قضمها يحنث عندهما وهو الصحيح لعموم المجاز ، كما إذا حلف لا يضع قدمه في دار فلان ، وإليه الإشارة بقوله في الخبز حنث أيضًا . قال ولو حلف لا يأكل من هذا الدقيق فأكل من خبزه حنث ، لأن

أيضًا) ش: وبه قال أحمد ومالك في رواية م: (**لأنه مفهوم منه عرفًا**) ش: أي لأن أكل الخبز مفهوم منه في العرف ويأكل سويقها يحنث عند محمد ، ولا يحنث عند أبي حنيفة . ولو قضمها يحنث عند الكل إلا عند أحمد ، وإنما وضع المسألة في الحنطة المعينة ، لأنه لو عقد يمينه على حنطة غير معينة ينبغي أن يكون جوابه كجوابهما ، ذكره شيخ الإسلام في أيمان الأصل . ثم هذا الخلاف فيما إذا لم يكن له نية ، فأما إذا نوى قيمته على ما نوى بالاتفاق ، ذكره في «المبسوط» و« الذخيرة» .

م: (**ولأبي حنيفة -رحمه الله - أن له**) ش: أي لقوله لا يأكل من هذه الحنطة م: (**حقيقة مستعملة**) ش: بين الناس ، وأوضحها بقوله م: (**فإنها**) ش: أي فإن الحنطة م: (**تغلى**) ش: بالغين المعجمة على صيغة المجهول من الغليان ، يقال غليت القدر تغلى غليانًا ، ولا يقال غليت وغلا في الأمر يغلو غلوًا ، أي جاوز فيه الحد ، وعليه الشعر غلا .

م: (**وتقلى وتؤكل قضمًا**) ش: على صيغة المجهول أيضًا بالعارف من القلي ، يقال قليت السويق واللحم فهو مقلي ، وقلوت فهو لغة ، والرجل قلا بالتشديد والمد م: (**وهي قاضية**) ش: أي الحقيقة المستعملة حاكمة م: (**على المجاز المتعارف**) ش: بين الناس م: (**على ما هو الأصل عنده**) ش: أي عند أبي حنيفة . والأصل في المسألة أن الكلام إذا كان له حقيقة مستعملة لمجاز متعارف فعند أبي حنيفة العمل بالحقيقة المستعملة أولى ، وعندهما العمل بعدم المجاز .

م: (**ولو قضمها يحنث عندهما، وهو الصحيح**) ش: احترز به عن رواية أخرى عنهما، وهي أنه إذا أكل عين الحنطة لا يحنث، والأصح أنه يحنث عندهما. وفي رواية «الجامع» ورجحها شمس الأئمة في «مبسوطه» وقاضي خان في «جامعه .

ورجح في «الذخيرة» و «الفوائد الضهيرية» عدم الحنث. وفي «الذخيرة» حلف لا يأكل من هذه الحنطة فزرعها وأكل ما خرج منها لا يحنث م: (**لعموم المجاز**) ش: وقد مر أن العمل به أولى عندهما: م: (**كما إذا حلف لا يضع قدمه في دار فلان**) ش: يحنث إذا دخلها حافياً أو راكباً م: (**وإليه الإشارة**) ش: أي وإلى عموم المجاز الإشارة م: (**بقوله في الخبز حنث أيضاً**) ش: لأنه مفهوم منه عرفاً.

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**ولو حلف لا يأكل من هذا الدقيق فأكل من خبزه حنث ، لأن**

عينه غير مأكول فانصرف إلى ما يتخذ منه ، ولو استفه كما هو لا يحنث هو الصحيح لتعين المجاز مرادًا . ولوحلف لا يـأكل خبزًا فـيمينـه على ما يعتـاد أهل المصر أكله خـبزًا ، وذلك خـبز الحنطة والشعير ، لأنه هو المعتاد في غـالب البلدان ، ولو أكل من خبز القطائف لا يحنث ، لأنه لا يسمى خبزًا مطلقًا ، إلا إذا نواه ، لأنه محتمل كـلامه . وكذا إذا أكل خبز الأرز بالعراق لم يحنث ، لأنه غير معتاد عندهم ، حتى لو كان بطبرستـان أو في بلدة طعامهم ذلك يحنث .

عينه) ش: أي عين الدقيق م: **(غير مأكول فانصرف إلى ما يتخذ منه)** ش: وهو الخبز ، وكذا إذا أكل عصيرًا ، وبه قال مالك وأحمد في «شرح الأقطع » .

قال الشافعي : - رحمه الله - إن أكل من خبزه لم يحنث ، وإن استفه حنث م: **(ولو استفه كما هو)** ش: من سفه الدواء سفه واستفا إسفافًا إذا قحمه . قال الأترازي : وقال الكاكي : سفا السفوف بفتح السين ، وهو كل دواء يؤخذ غير معجون .

وقيل : السفوف دواء يوضع على الكف ويؤكل من غير مضغ م: **(لا يحـنث)** ش: وبه قال أحمد : م: **(هو الصحيح)** ش: احترازًا عن قول بعض مشايخنا أنه يحنث ، وبه قال الشافعي .

ولو نوى الدقيق بعينه لم يحنث بأكل الخبز بالإجماع ، لأنه نوى حقيقة كلامه . والأصح أنه لا يحنث بعين الدقيق بغير نيته ، لأن هذه حقيقة م: **(لتعين المجاز مرادًا)** ش: من حيث المراد .

م: **(ولو حلف لا يأكل خـبـزًا فـيمينه عـلى ما يعـتاد أهـل المصر أكله خـبـزًا ، وذلك خبـز الحنطة والشعير، لأنه هو المعـتاد في غالب البلدان)** ش: وقال الشافعي : يحنث بأي خبز كان ، ولم يفرق بين جنس وجنس ، وبه قال مالك لاعتبار الحقيقة . وفي «شرح الوجيز» هو المذهب .

وقال الكاكي : وما ذكر في «الوجيز » ولم يحنث بخبـز الأرز إلا بطوشاق يخالف ذلك [. . . .] فيه إمام الحرمين - رحمه الله - .

م: **(ولو أكل من خـبز القطائف لا يحنث ، لأنه لا يسـمى خبـزًا مطلقًا إلا إذا نـواه ، لأنه محتـمل كلامه)** ش: فيحنث حينئذ قال بعد أن قال القطيفة دثار مخمل ، والجمع قطائف ، ومنه القطائف التي تؤكل .

م: **(وكذا)** ش: أي وكـذلك الحكم م: **(إذا أكل خبز الأرز بالـعراق لم يحنث ، لأنه غير مـعتاد عندهم)** ش: أي عند أهل العراق ، والعراق على صفـي دجلة مثل بلاد مصـر على صفـي النيل ودورهما نحو مسافة شهرين م: **(حتى لو كان)** ش: أي الحالف م: **(بطبرستان أو في بلدة)** ش: أي ببلدة من بلاد طبرستان م: **(طعامهم ذلك)** ش: أي خبز الأرز م: **(يحنث)** ش: وقـال الأترازي : طبرستان اسم أيد وأعمالها معرب من طبرستان ، لأن أهلها يحاربون بالفاس ، ثم قال هكذا قال بعضهم . ولنا فيه نظر .

ولو حلف لا يأكل الشواء فهو على اللحم دون البـاذنجان والجزر ؛ لأنه يراد به اللحم المشوي عند الإطلاق ، إلا أن ينوي ما يشوى من بيض أو غيره لمكان الحقـيقة ، وإن حلف لا يأكل الطبيخ فهو

قال النسفي في كتب «أدب الكتاب» في باب ما يغير من أسماء البلاد ، وأن طبرستان بالفارسية معناه أخذه بالفاس ، كأنه لم يوصل إليه حتى قطع شجرة . وقال الكاكي : وطبرستان أيد وبلادها سرسان ، لأن أهلها كانوا يحاربون بها معنى الناس معرب . وقيل طبرستان والنسبة إليها طبري .

وقال الأكمل: وهي أهل دهاء، وأصلها طبرستان لأن أهلها كانوا يحاربون بالتبر، وهو الفاس، فعربوه إلى طبرستان.

قلت : طبرستان لأن أصلها اسم إقليم من الأقاليم العراقية ، وهي شرقي كملان ، وسميت ذلك لأن طبر بالفارسية الفاس ، واستان الفاجة ، ومن كثرة اشتباك أشجارها لا يذهب فيها الجيش إلا بعد أن يقطع الأشجار من بين أيديهم بالطبر ، فسميت بذلك طبرستان ، أي فاجة الطبر ، وقد ذكرنا بلادها في «التاريخ الكبير» ، وإنما يقال في النسبة إليها الطبري، ليكون الفرق بينهما وبين النسبة إلى طبرية الشام ، فإن النسبة إليها طبراني .

وفي «الذخيرة» حلف لا يأكل خبزًا ولا نية له فأكل كلية أو جوزبيخا أو نوالة بزيدة. قال محمد بن سلمة - رحمه الله - : لا يحنث في الوجوه كلها ، لأنها لا تسمى خبزًا مطلقًا . وقال أبو الليث : لو أكل كلية أو النوالة المقطوعة يحنث ، لأنها الكلية حقيقة وعرفًا ، واختصاصها باسم آخر للزيادة لا للنقصان ، فلا يمنع دخولها تحت مطلق الاسم.

وأما النوالة فخبز ، لأن ليها لا يجعله شيئًا آخر ولا يحنث بأكل الجزر ، لأنه لا يسمى خبزًا بل يسمى قطائف ، فيسمى خبزًا مقيدًا ، يقال خبز الجوزبيخ ، كما يقال بالفارسية ، لأنه لو حلف لا يأكل هذا الخبز فجففه ودقه ثم شربه لم يحنث وبه قال الشافعي - رحمه الله - لأنه ليس بأكل ، بل هو شرب ، وهو الحيلة فيما لو قال: إن أكلت هذه الخبزة فامرأته طالق ، فينبغي أن يدقها ويلقيها في عصيدة ثم يأكلها ويطبخ حتى يصير الخبز هالكًا فيأكل العصيدة ولا يحنث . وفي «المحيط» : لو أكله مبلولاً حنث .

م: (**ولو حلف لا يأكل الشواء فهو على اللحم دون الباذنجان والجزر**) ش: أي المشويان ، وكذلك البيض المشويم: (**لأنه يراد به اللحـم المشـوي عند الإطلاق**) ش: يعني ذكر اللحم مطلقًا م: (**إلا أن ينوي مـا يشوى من بيض أو غـيره**) ش: كاللفت أو الباذنجان وهو القياس وبه أخذ الشافعي رحمه الله - ومالك ، فيحنث عندهما بكل مشوي بلا نية ، وبقولنا قال أحمد -رحمه الله- م: (**لمكان الحقيقة**) ش: أي لمكان حقيقة كلامه ،وفيه تشديد على نفسه م: (**وإن حلف لا يأكل الطبيخ فهو على**

على ما يطبخ من اللحم وهذا استحسان اعتباراً للعرف ، وهذا لأن التعميم متعذر ، فيصرف إلى خاص هو متعارف ، وهو اللحم المطبوخ بالماء ، إلا إذا نوى غير ذلك لأن فيه تشديد ، وإن أكل من مرقه يحنث لما فيه من أجزاء اللحم ، ولأنه يسمى طبيخًا ، ومن حلف لا يأكل الرءوس فيمينه على ما يكبس في التنانير ، ويباع في المصر ويقال يكنس ، وفي الجامع الصغير ولو حلف لا يأكل رأسًا فهو على رءوس البقر والغنم عند أبي حنيفة - رحمه الله ، وقالا : وعلى الغنم خاصة،

ما يطبخ من اللحم) ش: هذا لفظ القدوري في «مختصره».

وقال صاحب «الهداية» : م: **(فهذا استحسان اعتباراً للعرف)** ش: وفي «المبسوط» : القياس أن يحنث في اللحم وغيره مما يطبخ والأخذ بالقياس ها هنا تفجش ، فإن المسهل من الدواء مطبوخ ، ونحن نعلم أنه لم يرد به ذلك ، فحملنا على أخص الخصوص ، وهو اللحم، ولا يقال لمن أكل الباقلاء المطبوخ أكل الطبيخ ، وإن كان طبخًا في الحقيقة ، فلما كان كذلك حمل على المطبوخ باللحم الذي هو خاص متعارف .

م: (**وهذا**) ش: توضيح لما قبله م: (**لأن التعميم متعذر**) ش: لأنه لا يمكن إجراءه على العموم م: **(فيصرف إلى خاص متعارف ، وهو اللحم المطبوخ بالماء)** ش: احترز به عن تقلية اليابسة ، لأنها لا تسمى مطبوخة م: (**إلا إذا نوى غير ذلك**) ش: فيصدق م: (**لأنه فيه تشديد**) ش: على نفسه ، وقد نوى حقيقة كلامه .

م: (**وإن أكل من مرقه**) ش: أي من مرق اللحم المطبوخ بالماء م: (**يحنث لما فيه من أجزاء اللحم)** ش: وهي ما يذوب منه م: (**ولأنه**) ش: أي ولأن مرق اللحم المطبوخ ولو طبخ م: (**يسمى طبيخًا**) ش: عرفًا . وقال الكاكي : ولو طبخ أرزًا وعدسًا بودك فهو طبيخ [. . .] .

م: (**ومن حلف لا يأكل الرءوس فيمينه على ما يكبس في التنانير**) ش: أي يدخل فيها من قولهم كبس الرجل رأسه في جب قميصه إذا أدخله ، كذا في «المغرب» ومادته كاف وباء موحدة وسين مهملة ، ويقال كنس بالنون بدل الباء على صيغة المبني للفاعل من كنس الطير في مكناس إذا دخل فيه ، والأول هو الصحيح م: (**ويباع في المصر ويقال يكنس**) ش: في الأسواق .

م: (**وفي «الجامع الصغير» ولو حلف لا يأكل رأسًا فهو على رءوس البقر والغنم عند أبي حنيفة -رحمه الله-**) .

م: (**وقالا**) ش: : أي وقال أبو يوسف - رحمه الله - ومحمد : م: (**يقع على الغنم خاصة**) ش: وقال فخر الإسلام : والقياس أن يقع على كل رأس حتى رأس السمك لعمومه . وفي الاستحسان يقع على المتعارف .

وهذا اختلاف عـصر وزمان كان العرف في زمنه فيـهما وفي زمنهما في الغنم خـاصة وفي زماننا يفتى على حسب العادة كما هو المذكور في المختصر.

م: (**وهذا**) ش: أي هذا الاختلاف بين أبي حنيفة - رحمه الله - وصاحبيه م: (**اختلاف عصر وزمان**) ش: لا اختلاف حجة وبرهان م: (**كان العرف في زمنه فيهما**) ش: أي في زمن أبي حنيفة - رحمه الله - في البقر والغنم ، فأفتى بوقوع اليمين على رءوسهما .

م: (**وفي زمنهما**) ش: أي وفي زمن أبي يوسف - رحمه الله - ومحمد كان م: (**في الغنم خاصة**) ش: فأفتيا بوقوع اليمين عليها لا غير وقال صاحب «المختلف» : أجمعوا على أنه لا يقع على رأس الجزور لعدم العرف إلا رواية عن أبي حنيفة . ولا على رءوس الطير إلا أن ينويها .

وقال المصنف : م: (**وفي زماننا يفتى على حسب العادة**) ش: أي على اعتبار العرف والعادة م: (**كما هو المذكور في «المختصر»**) ش: أي «مختصر القدوري» ، وعليه الفتوى ، إذ العرف الظاهر أصل من مسائل الأيمان . وعند الشافعي - رحمه الله - يمينه على ما يباع منفردًا ، وهي رءوس الإبل والبقر والغنم . فإن كان في بلد يباع فيه رءوس الصيد منفردًا حنث بأكلها ، وإن كان في بلد لا يباع فيه فقد قيل : لا يحنث .

وقيل : يحنث وعند مالك - رحمه الله - تقع يمينه على رأس كل حيوان من الغنم والصيد والطير والحيتان ، وبه قال أحمد -رحمه الله- لعموم الاسم فيه حقيقة وعرفًا . وعند الشهب المالكي - رحمه الله - لا يحنث إلا برءوس الأنعام الأربعة للعرف الغالب ، هذا إذا لم ينو نوعًا، فإن نوى قيمته على ما نوى بالإجماع ، وعلى هذا الخلاف الشراء . وعن أبي هريرة - رحمه الله - من أصحاب الشافعي - رحمه الله - لا يحنث إلا برأس الغنم .

فإن قيل : لحم الإشتار والخنزير لا يباع في الأسواق ، ومع ذلك يحنث بالأكل إذا حلف لا يأكل لحمًا . أجيب : لما حاصله في الفرق بأن الرأس غير مأكول بجميع أجزائه ، لأن منها العظم ، فكانت الحقيقة متعذرة ، فصار إلى المجاز المتعارف هي ما يكبس في التنانير ويباع في الأسواق . وأما اللحم فيؤكل بجميع أجزائه ، فكانت الحقيقة ممكنة فلا تترك فيحنث بأكل لحم الإنسان والخنزير .

فإن قلت : الحقيقة إن لم تكن متعذرة فهي مهجورة شرعًا ، والمهجور شرعًا كالمهجور عادة . في المهجور شرعًا يصار إلى المجاز ، كما في المهجور عادة .

قلت : المهجور شرعًا هو الذي لا يكون بشيء من أفراده معمولاً بها كالحلف على ترك كلام الصبي ، وها هنا ليس كذلك .

فإن قيل : سلمنا ذلك ، ولكن لا يطرد في الشراء ، فإن الرأس يشترى بجميع أجزائه ، فلم

قال : ومن حلف لا يأكل فاكهة فأكل عنبًا أو رمانًا أو رطبًا أو قثاء أو خيارًا لم يحنث ، وإن أكل تفاحًا أو بطيخًا أو مشمشًا حنث ، وهذا عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - حنث في العنب والرطب والرمان أيضًا ، والأصل أن الفاكهة اسم لما يتفكه به قبل الطعام وبعده : أي يتنعم به زيادة على المعتاد ، والرطب واليابس فيه سواء بعد أن يكون التفكه به معتادًا ، حتى لا يحنث بيابس البطيخ ، وهذا المعنى موجود في التفاح وأخواته فيحنث بها ، وغير موجود

تكن الحقيقة متعذرة .

وأجيب: بأن من الرءوس ما لا يجوز إضافة الشراء إليه كرأس النمل والذباب والآدمي ، فكانت متعذرة .

م: (**قال**) ش: أي محمد في «الجامع الصغير» : م: (**وإن حلف لا يأكل فاكهة فأكل عنبًا أو رمانًا أو رطبًا أو قثاء أو خيارًا لم يحنث ، وإن أكل تفاحًا أو بطيخًا أو مشمشًا حنث وهذا**) ش: أي الحنث وعدم الحنث في الأشياء المذكورة م: (**عند أبي حنيفة -رحمه الله - وقالا: حنث في العنب والرطب والرمان أيضًا**) ش: وبه قال الشافعي - رحمه الله - ومالك وأحمد. وإذا أكل تينًا أو خوخًا أو سفرجلاً أو إجاصًا أو كمثرى أو تفاحًا أو جوزًا أو أرزًا أو فستقًا أو عنبًا يحنث بالإجماع سواء كان رطبًا أو يابسًا .

ولو أكل خيارًا أو قثاء أو جزرًا لا يحنث ، لأنها من البقول . ولهذا يؤدم معها والبطيخ من الفاكهة ، كذا ذكره القدوري ويابس البطيخ لا يعد فاكهة ، كذا ذكر فخر الإسلام في شرح «الجامع الصغير» .

وقال في «خلاصة الفتاوى»: ذكر شمس الأئمة الحلواني أن البطيخ ليس من الفواكه . وللشافعي - رحمه الله - وأحمد - رحمه الله - فيه وجهان ، أصحهما أنه من الفواكه .

قلت : الأيمان مبنية على العرف ، ولا أحد يتفكه بالبطيخ ، وإنما يؤكل بالخبز غالبًا ، فيكون من الإدام ، نعم إن كان في بلاد لا يكون عندهم إلا نادرًا ، ويرويه مثل الفاكهة لندرته وقلته .

م: (**والأصل**) ش: في هذا الباب م: (**أن الفاكهة اسم لما يتفكه به قبل الطعام وبعده ، أي يتنعم به زيادة على المعتاد**) ش: أي على الغذاء الأصلي ، ولهذا سمى النار فاكهة الشتاء ، والزواج فاكهة لزيادة التنعم فيها م: (**والرطب واليابس فيه**) ش: أي في التفكه بهذه الأشياء م: (**سواء بعد أن يكون التفكه به معتادًا ، حتى لا يحنث بيابس البطيخ**) ش: فإنه لا يعتاد بأنه فاكهة في عامة البلاد م: (**وهذا المعنى**) ش: أي التفكه م: (**موجود في التفاح وأخواته**) ش: وهي التي ذكرناها عند قولنا ، وإذا أكل تينًا أو خوخًا . . . . إلى آخره .

م: (**فيحنث بها**) ش: أي بالتفاح وأخواتها م: (**وغير موجود**) ش: أي وهذا المعنى غير

في القثاء والخيار ؛ لأنهما من البقول بيعًا وأكلاً فلا يحنث بهما . وأما العنب والرطب والرمان فهما يقولان: إن معنى التفكه موجود فيها ، فإنها أعز الفواكه والتنعم بها يفوق التنعم بغيرها . وأبو حنيفة - رحمه الله - يقول إن هذه الأشياء مما يتغذى بها ويتداوى بها فأوجب قصورًا في معنى التفكه للاستعمال في حاجة البقاء ، ولهذا كان اليابس منها من التوابل أو من الأقوات .

موجود م: (**في القثاء والخيار ، لأنهما من البقول بيعًا**) ش: يعني من حيث الطبع ، فإنهما يباعان مع البقول م: (**وأكلاً**) ش: أي من حيث الأكل ، فإنهما يوضعان على المائدة مع البقول ، هكذا شرحه الكاكي .

وقال الأكمل : وأما الكل فإنهما على الموائد ، حيث يوضع النعناع والبصل م: (**فلا يحنث بهما**) ش: أي بالقثاء والخيار بما إذا حلف لا يأكل فاكهة .

قلت : هذا لا يخلو عن خدش ، لأن القثاء والخيار قط لا يوضعان مع موائد الطعام نعم يؤكلان مع الخبز والخبز في بعض الأوقات ، ولا البصل أيضًا لا يوضع مع موائد الطعام . نعم يوضع البصل مع اللحم المسلوق البارد وحده ، وهو الذي يسمى لحي ، والأحسن في هذا ما قاله صاحب« المحيط » : العبرة للعرف وما يؤكل عادة على سبيل التفكه يعد فاكهة في العرف ويدخل في اليمين ، وإلا فلا .

م: (**وأما العنب والرطب والرمان فهما**) ش: أي فأبو يوسف - رحمه الله - ومحمد - رحمه الله - م: (**يقولان : إن معنى التفكه موجود فيها فإنها أعز الفواكه ، والتنعم بها يفوق التنعم بغيرها**) ش: فيحنث بأكلها م: (**وأبو حنيفة -رحمه الله- يقول : إن هذه الأشياء**) ش: أي العنب والرطب والرمان م: (**مما يتغذى بها ويتداوى بها**) ش: أما التغذي بالرطب والعنب فظاهر . وأما التدواي بالرطب فإنه نافع للمعدة الباردة ويزيد في المني ولين الطبع .

وأما التداوي بالعنب فإنه يسمى بسرعة تأثيره دمًا جيدًا ، وينفع الصدر والبطن وأما الرمان فإنه دواء صالح خصوصًا للكبد .

م: (**فأوجب قصورًا في معنى التفكه للاستعمال في حاجة البقاء**) ش: يعني في بقاء الإنسان وقوامه م: (**ولهذا**) ش: أي ولأجل الاستعمال في بقاء الإنسان م: (**كان اليابس منها**) ش: مثل الزبيب والتمر وحب الرمان يعد م: (**من التوابل أو من الأقوات**) ش: فكان ناقصًا في معنى التفكه للاستعمال في بقاء الإنسان فلا ينتظم الاسم بإطلاقه كالمكاتب حيث لا يتناول اسم المملوك في قوله كل مملوك لي حر للنقصان في مملوكيته ، والتوابل جمع تابل بالتاء المثناة من الفوقانية وبالألف بعدها الباء الموحدة المفتوحة والمكسورة وباللام في آخره .

قال الأترازي : التابل الإبزار .

قلت : هذا تعريف الشيء بما هو أخفى منه .

وقال الجوهري : الإبزاري والأبازير : التوابل . ثم قال في باب اللام : التابل والتابل وأخفى توابل القدر ، يقال منه : توبلت القدر ، حكاه أبو عبيد في «مصنفه » ، وهذا أيضًا غير مقنع ، ولكن يعلم من قوله : توبلت القدر أن المراد من التوابل هي الحوائج التي ترمى في القدر مع اللحم . قوله : -من التوابل - كما في الرمان أو من الأقوات كما في يابس العنب والرطب ، و يؤيد قول أبي حنيفة - رحمه الله - قوله تعالى : ﴿ **فأنبتنا فيها حباً** ﴾ إلى قوله ﴿ **وأباً**﴾ (عبس : الآية ٢٧) .

وقوله تعالى : ﴿ **فيها فاكهة ونخل ورمان** ﴾ (الرحمن : الآية ٢٨) ، فإن الله عطف الفاكهة على العنب والنخل في الآية الأولى ، وعطف النخل والرمان على الفاكهة في الآية الأخرى ، والعطف يقتضي المغايرة .

وقال الأترازي : **فإن قلت**: لا نسلم أن العطف يقتضي المغايرة ، ألا ترى إلى قوله تعالى ﴿**وإذ أخذنا من النبيين ميثاقهم ومنك ومن نوح وإبراهيم** ﴾ (الأحزاب : الآية ٧) ، فلو كان العطف يقتضي المغايرة لم يكن المعطوفون من الأنبياء ، قال الله تعالى : ﴿ **من كان عدواً لله وملائكته ورسله وجبريل وميكال** ﴾ وإنما العطف في الآيتين لبيان فضيلة المعطوف لا للمغايرة .

قلت : تفضيل الأنبياء والملائكة بعضهم على بعض إنما يعرف بالخبر ، فاحتاج إلى المخصص بالذكر ، بخلاف ما نحن فيه ، فإن قصد هذه الأشياء على سائر الفواكه عرف بالحس والمشاهدة فلا حاجة إلى الخبر ، إذ ليس الخبر كالمعاينة ، فتعين فائدة العطف للمغايرة ، انتهى .

قلت : أجاب تاج الشريعة عن هذا بأحسن منه ، فقال : الشيء قد يعطف على جنسه للتخصيص والتفضيل ، كما ذكر من النظير ، ولا يجوز ذلك فيما نحن بصدده ، لأنه موضع تعدد النعم ، فلا يستقيم الشيء على جنسه ، لأن الحكيم في موضع التعداد لا يذكر نعمة واحدة مرتين ، لأن فيه قصور النعم .

م: (**قال**) ش: أي محمد في «الجامع الصغير» : م: (**ولو حلف لا يأتدم**) ش: يعني لو حلف لا يأكل إدامًا م: (**فكل شيء يصطبغ فيه**) ش: وفي بعض النسخ اصطبغ به ، قال الكاكي : اصطبغ بالطاء على بناء المفعول ، هكذا المنقول . والاصطباغ - فإن خورش كوفيين[1]- [. . .] وبعد الطاء بالباء .

وفي «المغرب» : الصبغ ما يصبغ به ، ومنه الصبغ منه الإدام ، لأن الخبز يغمس فيه ،

(١) كذا بالأصل ، ولعلها عبارة فارسية .

والشـواء ليس بإدام والملح إدام وهذا عند أبي حنيفة - رحمـه الله - وأبي يوسف - رحمه الله ، وقال محمد - رحمه الله - : كل ما يؤكل مع الخبز غالبًا فهو إدام ، وهو رواية عن أبي يوسف - رحمه الله - لأن الإدام من الموادمة ، وهي الموافقة وكل ما يـؤكل مع الخبز فهو موافق له كاللحم والبيض ونحوه . ولهما أن الإدام مـا يؤكل تبعًا ، والتبعية في الاختلاط حقـيقة ، ليكون قائمًا به ، بحقيقة في أن لا يؤكل على الانفراد حكمًا وتمام الموافقة في الامتزاج أيضًا

ويكون كالخل والزبيب ، ويقال اصطبغ بالخل وفي الخل لا يقال اصطبغ الخمر بالخل م: (**إدام**) ش: كالخل والزيت والعسل والزبد واللبن والملح والمرق م: (**والشـواء ليس بإدام**) ش: لأنه يؤكل وحده م: (**والملح إدام**) ش: لأنه يؤكل مع الخبز م: (**وهذا**) ش: أي المذكور م: (**عند أبي حنيفة -رحمه الله- وأبي يوسف -رحمه الله -**) ش: في ظاهر الرواية .

م: (**وقال محمد : كل ما يؤكل مع الخبـز غالبًا فهو إدام ، وهو رواية**) ش: أي قال محمد رواية م: (**عن أبي يوسف**) ش: وبه قال الشافعي وأحمد : م: (**لأن الإدام من المؤادمة**) ش: أي مشتق منها م: (**وهي**) ش: أي المؤادمة م: (**الموافقة معنى ، وكل ما يؤكل مع الخبز فهو مـوافق له كاللحم والبيض ونحوه**) ش: مثل الخبز . وفي «النهاية» وحاصل ذلك على ثلاثة أوجه ، فالخل والزيت واللبن والعسل والزبد وأمثالها ما يستطيع به فهو إدام بالإجماع والبطيخ والعنب والتمر وأمثالها مما يؤكل وحدها غالبًا ليس بإدام بالاتفاق .

واختلفوا في الخبز والبيض واللحم ، فجعلها محمد إدامًا باعتبار أن هذه الأشياء لا تؤكل وحدها غالبًا ، فكانت تبعًا للخبز ، وموافقًا له عليه السلام بعد الإدام في الدنيا والآخرة اللحم وكتب ملك الروم إلى معاوية أن ابعث إلى بشر إدام على يد بشر رجل ، فبعث إليه جبنًا على يد رجل يسكن في بيوت أصمارها فلو لم يكن الجبن إدامًا لما بعث إليه ، لأنه من أرباب الشأن . ويقول محمد : أخذ أبو الليث بالعرف . وفي التمر للشافعي وأحمد -رحمهما الله - وجهان في وجه إدام لما روي أنه عليه السلام وضع التمر على الكسرة ، فقال هذا إدام . هذه رواية أبي داود . والثاني ليس بإدام ، لأنه فاكهة فأشبه الزبيب .

م: (**ولهـما**) ش: أي ولأبي حنيفـة وأبي يوسف م: (**أن الإدام ما يؤكل تـبعًا ، والتـبعية في الاختلاط حقيقة**) ش: أي من حيث الحقيقة ، بأن يصير مع الخبز كشيء واحد ، فيتبعه ويقدم به ، وهو معنى قوله م: (**ليكون قائمـا به بحقيـقة في أن لا يؤكل على الانفـراد حكمًا**) ش: أي من حيث الحكم حاصل هذا أن التبعية على نوعين حقيقة ، وذلك في الاختلاط ليكون قائمًا به . وحكمه هو أن لا يؤكل على الانفراد ، واللحم ما يخلط ، فيكون تبعًا حقيقة ويؤكل منفردًا ، فلا يكون تبعًا حكمًا ، فلا يكون إدامًا . م: (**وتمام الموافقة في الامـتزاج أيضًا**) ش: جواب عن قوله لأن الإدام

والخل وغيره من المائعات لا تؤكل وحدها ، بل تشرب والملح لا يؤكل بانفراده عادة ، ولأنه يذوب فيكون تبعًا ، بخلاف اللحم وما يضاهيه ، لأنه يؤكل وحده إلا أن ينويه لما فيه من التشديد والعنب والبطيخ ليسا بإدام هو الصحيح . وإذا حلف لا يتغدى فالغداء الأكل من طلوع الفجر إلى الظهر

من المؤادمة يعني سلمناه .

ولكن الإدامة الشاملة الكاملة في الامتزاج يعني حقيقة الموافقة بأن يكون كشيء واحد بالامتزاج والإشراق إلا أن يكون مجاوزًا له ، فإذا ثبتت الحقيقة بطل المجاز .

وأما الحديث فلا حجة له فيه ، لأن يقال الخليفة سيد العرب والعجم ، وإن لم يكن من العجم قاله الكاكي وفيه تأمل . وقال تاج الشريعة : وأما قوله ﷺ وهو الحديث المذكور فإنه من أسماء الشرع . والأيمان لا تتعلق بها .

م: (**والخل وغيره من المائعات لا تؤكل وحدها بل تشرب**) ش: فلا يكون إدامًا م: (**والملح لا يؤكل بانفراده عادة**) ش: فلا يكون إدامًا م: (**ولأنه يذوب فيكون تبعًا**) ش: فيكون إدامًا م: (**بخلاف اللحم وما يضاهيه**) ش: أي وما يشابهه مثل الخبز والبيض ، فإنها ليست بإدام م: (**لأنه**) ش: أي لأن اللحم وما يضاهيه م: (**يؤكل وحده ، إلا أن ينويه**) ش: لأنه يحتمل كلامه م: (**لما فيه من التشديد**) ش: على نفسه .

م: (**والعنب والبطيخ ليسا بإدام هو الصحيح**) ش: احترز به عما قيل : إن العنب والبطيخ على الخلاف . وذكر الإمام السرخسي أنهما ليسا بإدام بالإجماع ، وهو الصحيح ، لأنهما يؤكلان غالبًا وحدهما .

وفي «المحيط» قال محمد : التمر والجوز ليسا بإدام ، وكذا العنب والبطيخ ، وكذلك سائر الفاكهة ، حتى لو كان في موضع يؤكل تبعًا للخبز يكون إدامًا عنده ، أما البقل ليس بإدام بالاتفاق لأن آكله لا يسمى مأدمًا . وعند الشافعي والبقول والبصل والفجل والثمار إدام ، لأنه يؤتدم به عادة ، ذكره في «شرح الوجيز» .

قال أي القدوري : م: (**وإذا حلف لا يتغدى فالغداء الأكل من طلوع الفجر إلى الظهر**) ش: القدوري يتمايج في اللفظ ؛ لأن الغداء عبارة عن طعام يؤكل في الغداة لا اسم أكله ، وكذلك أيضًا بالفتح والمد اسم لطعام العشي ، ولكن معناه أكل الغداء ، وأكل العشاء على حذف المضاف قال الأترازي : ويجوز أن يقال : أراد بالغداء الغداة وبالعشاء العشي مجازًا بإطلاق اسم السبب على المسبب . وإذا حلف أحد أنه لا يتغدى ، فإذا تغدى ما بين طلوع الفجر إلى وقت الظهر في

والعشاء من صلاة الظهر إلى نصف الليل .لأن ما بعد الزوال يسمى عشياً ولهذا يسمى الظهر أحد صلاتي العشاء في الحديث . والسحور من نصف الليل إلى طلوع الفجر لأنه مأخوذ من السحر، ويطلق على ما يقرب منه ، ثم الغداء والعشاء ، ما يقصد به الشبع عادة

أي ساعة كانت من ذلك يحنث وعليه الكفارة .

م: (**والعشاء من صلاة الظهر إلى نصف الليل ، لأن ما بعد الزوال يسمى عشياً**) ش: بفتح العين وكسر الشين وتشديد الياء . قال في «المغرب» : العشي ما بين زوال الشمس إلى غروبها ، والمشهور أنه آخر النهار .

وعن الأزهري : صلاة العشاء والظهر والعصر .

وقال الأترازي : لأن ما بعد الزوال يسمى عشاء بكسر العين الزوال ، لما كان عشاء كان الطعام الذي يؤكل في ذلك الوقت عشاء ، فإذا فتح العين في موضعين يلزم الفساد ، وهذا حاصل كلامه لكن هذا على كون لفظ النسخة عشيًا . وأكثر لفظ النسخ عشاء كما ضبطناه .

م: (**ولهذا**) ش: أي ولكون ما بعد الزوال عشيًا م: (**يسمى الظهر أحد صلاتي العشاء في الحديث**) ش: قال الأترازي : كذا ركعتين في السنن ، وسكت . وقال الكاكي : ورد في الحديث أنه ﷺ «**صلى إحدى صلاتي العشاء يريد الظهر أو العصر**» . وقال الأكمل : ذكر في «الإيضاح» في باب الحلف على العشاء ، فقال: ورد في الحديث أن النبي ﷺ « **صلى إحدى صلاتي العشاء ركعتين ، يريد به الراوي الظهر أو العصر**» .

قلت : هذا الحديث أخرجه البخاري ومسلم عن أبي هريرة قال: صلى بنا رسول الله ﷺ «**إحدى صلاتي العشاء إما الظهر وإما العصر ، فسلم في ركعتين** . . . الحديث» ، فيا للعجب من هؤلاء في تقصيرهم فما يتعلق بالأحاديث ، وهم في ديار الحديث . قال الأترازي : يقول في السنن والحديث في الصحيحين ، والأكمل وشيخه الكاكي اكتفيا بما ذكر في «الإيضاح» من غير بيان .

م: (**والسحور**) ش: بفتح السين ما يتسحر به من المأكول والمشروب ، وبضم السين مصدر م: (**من نصف الليل إلى طلوع الفجر ، لأن السحور مأخوذ منه**) ش: أي مشتق من السحر بفتحتين ، وهذا الثلث الأخير من الليل إلى طلوع الفجر م: (**ويطلق**) ش: أي يطلق السحور م: (**على ما يقرب منه**) ش: أي من السحر ، لأنه قرب من الثلث الأخير م: (**ثم الغداء والعشاء**) ش: بالفتح والمد فيهما م: (**ما يقصد به الشبع**) ش: بكسر الشين وفتح الباء الموحدة م: (**عادة**) ش: في عادات الناس ، لأن التغدي عبارة عن أكل مترادف أكثر من نصفه شبعة ، لأنه لا يقال: إنه تغدى إذا

وتعتبر عادة أهل كل بلدة في حقهم ويشترط أن يكون أكثر من نصف الشبع. ومن قال : إن لبست أو أكلت أو شربت فعبدي حر ، وقال : عنيت شيئًا دون شيء لم يدين في القضاء وغيره؛ لأنه النية إنما تصح في الملفوظ والثوب وما يضاهيه غير مذكور تنصيصًا ، والمقتضى لا عموم له . فلغت نية التخصيص فيه .

أكل لقمة أو لقمتين ، وبه قال الشافعي م: (**ويعتبر عادة أهل كل بلدة في حقهم**) ش: يعني إن كان كانت خبزًا فخبز وإن كانت لحمًا فلحم وإن كانت لبنًا فلبن .

وفي «المحيط» حتى لو كان الحالف مصرياً يقع على الخبز ، فلو تغدى بغيره من الأرز والتمر واللبن لم يحنث ، وإن كان بدويًا فيتغدى بالتمر ، فإن العبرة مما يتعدى به على عادة أهل ذلك الموضع ، حتى لغير الأرز بطبرستان ، واللبن لأهل البوادي ، والتمر ببغداد ، واللبن يحنث . وحاصل الكلام العبرة من حلف لا يدخل بيتًا فهو على المدر للبلدي ، وعلى بيت الشعر للبدوي، وكذلك الحكم في التعشي .

م: (**ويشترط أن يكون أكثر من نصف شبع**) ش: قال الإمام الأسبيجابي : في« شرح الطحاوي» ومن حلف لا يتغدى فإنه يقع على الغداء المعروف ، فإن كان الرجل كوفيًا يقع على مد الحنطة والشعير ، ولا يقع على اللبن والسويق ، وإن كان الرجل بدويًا يقع على اللبن والسويق ، وإن كان حجازيًا يقع على السويق ، وأما في بلادنا فيقع على خبز الحنطة ويشترط أن يكون ، أي الغداء أو العشاء أو السحور أكثرمن نصف الشبع ، لأن للأكثر حكم الكل رواه المعلى عن أبي يوسف ، وهو الصحيح ، لأن من أكل لقمة أو لقمتين يصح أن يقول ما تغديت وما تعشيت .

م: (**ومن قال : إن لبست أو أكلت أو شربت فعبدي حر ، وقال عنيت**) ش: أي قصدت م: (**شيئًا دون شيء**) ش: يعني قصدت ثوبًا دون ثوب ، أو طعامًا دون طعام ، أو شرابًا دون شراب م: (**لم يدين في القضاء وغيره**) ش: يعني لا يصدق لا قضاء ولا ديانة . وقال الشافعي : يصدق ديانة ، لأنه للمقتضى عمومًا عنده ، وكذا في رواية عن أبي يوسف - رحمه الله - وبه أخذ الخصاف ، والمذهب أنه لا تصح نيته م: (**لأن النية إنما تصح في الملفوظ**) ش: حتى يعين ما يحتمل اللفظ م: (**والثوب وما يضاهيه**) ش: أي وما يشابهه ، مثل الطعام والشراب م: (**غير مذكور تنصيصًا**) ش: أي غير ملفوظ صريحًا ، فإنما هو مقدر اقتضاء ، أي بطريق الاقتضاء .

م: (**والمقتضى**) ش: بفتح الضاد م: (**لا عموم له فلغت نية التخصيص فيه**) ش: أي في قوله إن لبست ، أو إن أكلت أو إن شربت . قوله والمقتضى الحاجزة جواب عما يقال : هب أنه غير ملفوظ تنصيصًا ليس أنه ثابت تقضى ، والمقتضى كالملفوظ ، فأجاب بقوله -والمقتضى . . . إلي آخره - .

وإن قال : إن لبست ثوبًا ، أو أكلت طعامًا ، أو شربت شرابًا لم يدين في القضاء خاصة، لأنه نكرة في محل الشرط فتعم فعملت نية التخصيص فيه إلا أنه خلاف الظاهر

فإن قيل : المقتضى أمر شرعي واقتضاء الأكمل إلى الطعام ليس كذلك ، لأنه يعرفه من له تعرف بالشرع .

قلت : يجوز أن يكون المصنف اختار ما اختاره بعض المحققين من أن التقضي هو الذي لا يدل عليه اللفظ ، ولا يكون سقوطًا به ، لكن يكون من ضرورة اللفظ أعم من أن يكون شرعيًا أو عقليًا .

فإن قيل : سلمنا ذلك ، لكن ما الفرق بين هذا وبينهما إذا قال : إن خرجت فعبدي حر ، ونوى السفر ، فإنه يصدق ديانة ، مع أن السفر أو الخروج غير مذكور لفظًا ، وبينه وبينهما إذا حلف لا يساكن فلانًا ونوى أن لا يساكنه في واحد ، فإن النية صحيحة مع أن المسكن غير مذكور لفظًا ، حتى لو ساكن معه في الدار لا يحنث .

أجيب : بأن الأول ممنوعة منعها القضاة الأربعة أبو هيثم وأبو حازم وأبو طاهر الدباس والقاضي القمر - رحمهم الله - وليس يعلم من قوله : إن خرجت [. . . .] لغة ، وقد وقع الثاني في صريح النفي ، والأول في معناه فيتناولان بعمومها عنده من الخروج والسفر ، فجاز تخصيصهما إلا أنه خلاف الظاهر ، فلا يريد في القضاء ، كذا لخصه الأكمل ، وبيانه كما ينبغي هذا وإن سلمنا فالفرق أن الخروج إلى مديد وقصير ، وهما مختلفان اسمًا وحكمًا ، فإن المؤيد يسمى سفرًا ، وأحكامه خلاف أحكام الخروج . فإذا نوى أحد النوعين صحت نيته ، كما لو حلف لا يتزوج ونوى حبشية أو رومية يصدق . ولو نوى امرأة بعينها لا يصدق ، لأن الأول نوع .

والثاني في مسألتنا : حتى لو نوى الخروج إلى مكان بعينه كبغداد لا يصدق ، وكذا في المسألة الثانية نوى نوعان من المساكنة ، لأن المساكنة أنواع ما يكون في بلد واحد ، وما يكون في دار واحدة وهو العرف ، وما يكون في بيت واحد وهو أتم ما يكون من المساكنة ، كذا ذكره السرخسي وغيره .

م: (**وإن قال : إن لبست ثوبًا ، أو أكلت طعامًا ، أو شربت شرابًا لم يدين في القضاء خاصة**) ش: يعني لم يصدق في القضاء خاصة ، ويصدق ديانة م: (**لأنه نكرة**) ش: أي لأن ثوبًا من إن لبست وطعامًا من إن أكلت وشرابًا من إن شربت نكرة وقعت م: (**في محل الشرط**) ش: وهو قوله : إن فعلت كذا م: (**فتعم**) ش: لأن الشرط في معنى النفي ، والنكرة في موضع النفي تعم، والعموم يحتمل الخصوص م: (**فعملت نية التخصيص فيه ، إلا أنه خلاف الظاهر**) ش: إذ الظاهر العموم .

فلا يدين في القضاء قال : ومن حلف لا يشرب من دجلة فشرب منها بإناء لم يحنث حتى يكرع منها كرعًا عند أبي حنيفة - رحمه الله ، وقالا : إذا شرب منها بإناء يحنث ؛ لأنه المتعارف المفهوم ، وله أن كلمة «من» للتبعيض وحقيقته في الكرع ، وهي مستعملة . ولهذا يحنث بالكرع إجماعًا

م: (**فلا يدين في القضاء**) ش: أي فلا يصدق في الحكم ، لأن في المتصدق فيه تخفيف له ، فلا يصدق ، بخلاف ما إذا قيل له : إنك تريد أن تغتسل الليلة في هذه الدار عن الجنابة ، فقال : إن اغتسلت فعبدي حر ، فهو عن الجنابة ، لأنه جواب متقيد بالسؤال.

ولو قال : إن اغتسلت الليلة في هذه الدار ولم يقل في هذا الدار فهو على كل اغتسال قضاء لأنه زاد على حرف الجواب ، فيكون مبتدأ ولكن مع هذا يصدق ديانة، لأنه يحتمل أنه أراد به الجواب .

م: (**قال**) ش: أي القدوري: م: (**ومن حلف لا يشرب من دجلة**) ش: وهو نهر بغداد م: (**فشرب منها بإناء لم يحنث حتى يكرع منها كرعًا**) ش: والكرع يتناول الماء بالفم من موضعه من غير أن يأخذ بيده ، يقال كرع الرجل في الماء إذا مد عنقه نحوه يشرب منه ، ومنه كره عكرمة الكرع من النهر ، لأنه فعل البهيمة تدخل فيها أكارعها ، والكراع مستدق الساق م: (**وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى** -.) م: (**وقالا**) ش: : أي أبو يوسف ومحمد م: (**إذا شرب منها بإناء يحنث ، لأنه المتعارف المفهوم**) ش: بين الناس من الشرب من دجلة وهو الشرب من ماء مجرى دجلة ، وهو المجاز، فيعمل لعموم المجاز . فيحنث كيفما شرب ، كما إذا حلف لا يضع قدمه في دار فلان يحنث في يمينه إذا دخلها راكبًا أو ماشيًا أو حافيًا أو مستعملاً ، لعموم المجاز ، وهو الدخول ، فكذا هنا ، فصار كما إذا حلف لا يشرب من هذه البئر فشرب من مائها بإناء يحنث .

م: (**وله**) ش: أي ولأبي حنيفة - رحمه الله - م: (**أن كلمة «من»**) ش: في قوله - من دجلة - م: (**للتبعيض**) ش: اعلم أن «من» تأتي لمعان كثيرة ، فإن كان المصنف - رحمه الله - يريد به أنه وضع لبعض وحده ، فهذا لم يقل به أحد من أئمة اللغة ، وإن كان يريد أنه قد يستعمل للتبعيض ، فمن أين يلزم أنه هنا للتبعيض ، قاله الأترازي مع تطويل الكلام فيه .

قلت : دلت القرينة اللفظية والحالة هنا أن «من» هنا للتبعيض ، وهذا ظاهر لا يخفى م: (**وحقيقته**) ش: أي وحقيقة الشرب م: (**في الكرع**) ش: لأن الحقيقة ابتداء أن يكون ابتداء الشرب متصلة بدجلة، وذلك بالشرب منها كرعًا م: (**وهي**) ش: الحقيقة م: (**مستعملة**) ش: مهجورة .

م: (**ولهذا**) ش: أي ولأجل هذا أن الحقيقة مستعملة م: (**يحنث بالكرع إجماعًا**) ش: دعوى الإجماع فيها نظر ، لأنه اختلف المشايخ في الكرع عندهما . قال الإمام العتابي في «شرح

فمنعت المصير إلى المجاز وإن كان متعارفًا وإن حلف لا يشرب من ماء دجلة فشرب منها بإناء حنث ، لأنه بعد الاغتراف بقي منسوبًا إليه وهو الشرط ، فصار كما إذا شرب من ماء نهر يأخذ من دجلة ومن قال : إن لم أشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فامرأته طالق ، وليس في الكوز ماء لم يحنث ، فإن كان فيه ماء فأهريق قبل الليل لم يحنث ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد -

---

الجامع» : قال بعضهم : لا يحنث بالكرع عندهما لئلا يكون جمعًا بين الحقيقة والمجاز . وقال بعضهم: يحنث وهو الصحيح لعموم المجاز ، وليس هو يجمع بين الحقيقة والمجاز فمنعوا ، أي الحقيقة المستعملة م: (**فمنعت المصير إلى المجاز وإن كان متعارفًا**) ش: هذا إذا لم يكن له نية ، فإن نوى الكرع فعندنا لا يحنث بالمجاز ديانة وقضاء ، لأنه نوى حقيقة كلامه ، وإن نوى العرف فعنده صدق ديانة ، لأنه يحتمل ولا يصدق قضاء ، لأنه خلاف الحقيقة .

ولو حلف لا يشرب من هذا الجب فإن كان ملآنًا انصرف إلى الكرع عنده لتصير الحقيقة إن لم يكن ملآنًا انصرف إلى المجاز ، لامتناع الحقيقة ، كذا نقل الشيخ أبو المعين النسفي في «شرح الجامع» عن الشيخ أبي القاسم الصفار ، ولو عنى بقوله : لا يشرب ماء دجلة هل يصح أم لا؟حتى لا يشرب من نهر يأخذ من دجلة هل يحنث أم لا ؟ قال الشيخ أبو المعين : من مشايخنا من قال تصح نيته ، لأنه نوى إضمار الماء ، وإليه ذهب الشيخ أبو بكر الأعمش . ومنهم من قال : لا تصح نيته ، لأن الماء نيته مقتضاة ، فلا يظهر في حق قبول النية .

م: (**وإن حلف لا يشرب من ماء دجلة فشرب منها بإناء حنث**) ش: هذا لفظ القدوري م: (**لأنه**) ش: أي لأن الماء م: (**بعد الاغتراف بقي منسوبًا إليه**) ش: أي إلى دجلة م: (**وهو الشرط**) ش: أي شرط الحنث في الشرب كون الماء منسوبًا ، والماء في الإناء منسوب إليها ، فكان الشرط قائمًا م: **فصار كما إذا شرب من نهر يأخذ من دجلة**) ش: لأن الشرط كون الماء من دجلة .

وفي «الكافي» لو قال لا أشرب من الفرات فشرب من نهر آخر منه لم يحنث إجماعًا ، أما عنده فلأن يمينه على الكرع ، وأما عندهما فلأن النية إلى الفرات انقطعت فخرج عن عموم المجاز . أما لو قال : لا أشرب فشرب من نهر آخر من الفرات حنث ، لأن يمينه على ماء منسوب إلى الفرات ، والنسبة لا تنقطع بالأنهار الصغار . ولو قال : لا أشرب ماء فراتًا يحنث لكل ما أعذب في أي موضع كان ، وبه قال الشافعي ؛ لأنه جعله وصفًا للماء ، قال الله تعالى : ﴿**وأسقيناكم ماء فراتًا**﴾ (المرسلات: الآية ٢٧) ، أي عَذْبًا .

م: (**ومن قال : إن لم أشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فامرأته طالق ، وليس في الكوز ماء لم يحنث**) ش: سواء علم بأن فيه ماء أو لم يعلم م: (**فإن كان فيه ماء فأهريق**) ش: أي فأريق ، والهاء فيه زائدة م: (**قبل الليل لم يحنث ، وهذا**) ش: أي عدم الحنث م: (**عند أبي حنيفة ومحمد -**

رحمهما الله - وقال أبو يوسف: حنث في ذلك كله ، يعني إذا مضى اليوم، وعلى هذا الخلاف إذا كان اليمين بالله تعالى وأصله أن من شرط انعقاد اليمين وبقائه التصور عندهما خلافًا لأبي يوسف لأن اليمين إنما ينعقد للبر ، فلا بد من تصور البر ليمكن إيجابه وله أنه أمكن القول بانعقاده موجبًا للبر على وجه يظهر

رحمهما الله-) ش: وبه قال الشافعي : في وجه ومالك - رحمه الله - .

م: (**وقال أبو يوسف : حنث في ذلك كله**) ش: أي فيما كان فيه الماء وفيما لم يكن م: (**يعني إذا مضى اليوم**) ش: أشار به إلى أن اليمين إذا كانت مؤقتة باليوم م: (**وعلى هذا الخلاف**) ش: المذكور بين الثلاثة م: (**إذا كان اليمين بالله**) ش: بأن قال : والله لأشربن الماء الذي في هذا الكوز اليوم ، وليس في الكوز ماء ، أو كان فيه ماء فأهريق قبل الليل لم يحنث عندهما ، خلافًا لأبي يوسف .

م: (**وأصله**) ش: أي أصل هذا الخلاف م: (**أن من شرط انعقاد اليمين وبقائه التصور عندهما**) ش: أي عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - م: (**خلافًا لأبي يوسف**) ش: وبه قال الشافعي -رحمه الله- في وجه ، وتحقيق هذا أن تصور شرط لإبقاء اليمين المطلقة عن الوقت ، وبقاء اليمين العدة بالوقت عندهما ، وعند أبي يوسف لا يشترط تصور البر في انقياد اليمين المطلقة ، ولا لبقائه في اليمين المقيدة ، ويتفرع على هذا الخلاف ما لو حلف لا يشربن ماء الكوز اليوم فصب قبل مضي اليوم . فعندهما لا يبقى يمينه ولا يحنث أبدًا . وعند أبي يوسف يحنث في آخر جزء من أجزاء الوقت ، حتى تجب عليه الكفارة إذا مضى اليوم ، وعلى هذا : لو قال : إن لم أشرب هذا الماء الذي في هذا الكوز وعنده تبقى ويحنث. مضى اليوم فأمن أنه كذا ، فأهريق قبل الليل لم تبق اليمين عندهما ، وعنده تبقى ويحنث . وعلى هذا لو قال : لأقتلن فلانًا اليوم فمات فلان قبل مضي الليل لا يبقى اليمين عندهما . وكذا لو قال : لتقتلنه وهو جاهل بموته ، وإنما شرط جهله لموته ، لأنه لو علم بموته ينعقد اليمين بالإجماع ويحنث في الحال. وكذا لو حلف إن أكل هذا الرغيف فأكل قبل الليل أو قال : لأقضين دينه وفلان قد مات ولا أعلم به لم ينعقد يمينه عندهما ، وعنده ينعقد ويحنث في الحال، وكذا لو قال لأقضين فلانًا دينه فأبرأه فلان .

وكذا لو قال لزيد : إن رأيت عمرًا فلم أعلمك فامرأتي طالق ثم رآه مع زيد فسكت ولم يقل شيئًا ، أو قال هو عمرو لا يطلق عندهما لفوات الإعلام ، فلم يبق اليمين ، وعنده يطلق لبقاء اليمين وفوات المعقود عليه .

م: (**لأن اليمين إنما ينعقد للبر فلا بد من تصور البر ليمكن إيجابه**) ش: أي إيجاب اليمين م: (**وله**) ش: أي ولأبي يوسف م: (**أنه أمكن القول بانعقاده**) ش: حال كونه م: (**موجبًا للبر على وجه**

في حق الخلف وهو الكفارة . قلنا : لا بد من تصور الأصل لينعقد في حق الخلف ، ولهذا لم تنعقد الغموس موجبة الكفارة ولو كانت اليمين مطلقة ففي الوجه الأول لا يحنث عندهما ، وعند أبي يوسف - رحمه الله - يحنث في الحال ، وفي الوجه الثاني يحنث في قولهم جميعًا ، فأبو يوسف فرق بين المطلق والمؤقت . ووجه الفرق في التأقيت للتوسعة ، فلا يجب الفعل إلا في آخر الوقت ، فلا يحنث قبله . وفي المطلق يجب البر كما فرغ ، وقد عجز فيحنث في الحال ، وهما فرقا بينهما . ووجه الفرق أن في المطلق يجب البر كما فرغ ، فإذا

يظهر في حق الخلف وهو الكفارة) ش: لأن عقد يمينه على فعل في المستقبل ، فينعقد . وإن عجز عن تحقيق ما أخبر يظهر في الخلف ، لقوله : والله لأمسن السماء م: **(قلنا: لا بد من تصور الأصل)** ش: أي أصل اليمين م: **(لينعقد في حق الخلف)** ش: فإذا لم يتصور الأصل لا ينعقد في حق الخلف م: **(ولهذا)** ش: أي ولأجل تصور الأصل لانعقاده في حق الخلف ، وهو الكفارة م: **(لم تنعقد الغموس)** ش: حال كونها م: **(موجبة الكفارة)** ش: لأنه لما لم يتصور الأصل لا يظهر في حق الخلف وهو الكفارة .

فإن قلت: البر يتصور في صورة الإراقة ، لأن من الجائز أن يعبد الله عز وجل تلك القطرات المهراقة في ذلك الكوز .

قلت: إن البر إنما يجب في هذه الصورة في آخر جزء من أجزاء اليوم يجب أن لا يسع فيه غيره ، فلا يمكن القول فيه بإعادة الماء في الكوز ، وشربه في ذلك الزمان .

م: **(ولو كانت اليمين مطلقة)** ش: أي عن ذكر الوقت م: **(ففي الوجه الأول)** ش: يعني إذا لم يكن في الكوز ماء م: **(لا يحنث عندهما)** ش: أي عند أبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله- م: **(وعند أبي يوسف يحنث في الحال ، وفي الوجه الثاني)** ش: وهو أن يكون فيه ماء أهريق م: **(يحنث في قولهم جميعًا)** ش: أي قول الثلاثة م: **(فأبو يوسف فرق بين المطلق والمؤقت)** ش: أي بين اليمين المطلق عن ذكر المؤقت ، وبين اليمين المؤقت بالوقت .

م: **(ووجه الفرق)** ش: أي وجه فرق أبي يوسف م: **(أن التأقيت للتوسعة)** ش: على نفسه ، حتى يختار الفعل في أي وقت شاء م: **(فلا يجب الفعل إلا في آخر الوقت)** ش: المقدر فما لم يخص ذلك الوقت لا يتحقق ترك الفعل ، لأن الفعل لا يتعين عليه في آخر أجزاء الوقت م: **(فلا يحنث قبله)** ش: فإذا فات الجزء الآخر فلم يفعل يحنث حينئذ م: **(وفي المطلق)** ش: عن الوقت م: **(يجب البر كما فرغ وقد عجز فيحنث في الحال ، وهما)** ش: أي أبو حنيفة ومحمد م: **(فرقا بينهما)** ش: أي بين المطلق والمؤقت .

م: **(ووجه الفرق في المطلق يجب البر كما فرغ)** ش: لأنه لم يرد التوسعة على نفسه م: **(فإذا**

فات البر بفوات ما عقد عليه اليمين يحنث في يمينه ، كما إذا مات الحالف والماء باق ، أما في المؤقت يجب البر في الجزء الأخير من الوقت وعند ذلك لم يبق محلية البر لعدم التصور ، فلا يجب البر فيه فتبطل اليمين كما إذا عقده ابتداء في هذه الحالة . قال : ومن حلف ليصعدن السماء أو ليقلبن هذا الحجر ذهبًا بتحويل الله عز وجل انعقدت يمينه وحنث عقيبها . وقال زفر رحمه الله: لا تنعقد لأنه مستحيل عادة ، فأشبه المستحيل حقيقة ، فلا ينعقد . ولنا أن البر متصور حقيقة. لأن الصعود إلى السماء ممكن حقيقة ، ألا ترى أن الملائكة يصعدون السماء ، وكذا تحول الحجر ذهبًا بتحويل الله تعالى . وإذا كان متصورًا ينعقد اليمين موجبًا لخلفه، ثم يحنث بحكم العجز الثابت عادة

فات البر بفوات ما عقد عليه اليمين يحنث في يمينه ، كما إذا مات الحالف والماء باق) ش: أشار بقوله كما إذا مات الحالف إلا أن بقاء المحل شرط للبر لبقاء الحالف م: (أما في المؤقت يجب البر في الجزء الأخير من الوقت وعند ذلك) ش: أي وعند الجزء الأخير م: (لم يبق محلية البر لعدم التصور، فلا يجب البر فيه) ش: للعجز م: (ويبطل اليمين ، كما إذا عقده ابتداء) ش: كما عقد اليمين حال كونه مبتدأ م: (في هذه الحالة) ش: وأشار بهذا إلى أن وجود المحل كما هو شرط لانعقاد اليمين ذلك شرط لبقائها .

م: (قال) ش: أي القدوري : م: (ومن حلف ليصعدن السماء أو ليقلبن هذا الحجر ذهبًا انعقدت يمينه وحنث عقيبها) ش: فتجب الكفارة وبه قال الشافعي في الأظهر ، وفي وجه هو مع زفر - رحمه الله .

م: (وقال زفر -رحمه الله : لاينعقد لأنه مستحيل) ش: أي لأن صعود السماء أو قلب الحجر ذهبًا محال م: (عادة فأشبه المستحيل حقيقة) ش: كما في الحلف على شرب ماء كوز ليس فيه ماء م: (فلا ينعقد) ش: أي اليمين فلا يجب شيء .

م: (ولنا أن البر متصور حقيقة ، لأن الصعود إلى السماء ممكن حقيقة) ش: بطريق الكرامة م: (ألا ترى أن الملائكة يصعدون السماء) ش: وكذلك الأنبياء عليهم السلام صعدوا م: (وكذا) ش: أي وكذا يتصور م: (تحول الحجر ذهبًا بتحويل الله عز وجل) ش: بأن يقع ذلك كرامة لبعض الأولياء ، وكرامة الأولياء بخلاف العادة حق عندنا .

م: (وإذا كان متصورًا ينعقد اليمين) ش: حال كونها م: (موجبًا لخلفه) ش: وهوالكفارة ، وذكر الضمير في حلفه على تأويل الحلف بالحاء المهملة م: (ثم يحنث بحكم العجز الثابت عادة) ش: وإنما وجب الحنث في الحال لأن البر ليس له زمان ينتظر ، بخلاف ما قاس عليه زفر فإن شرب كوز ما ليس فيه ماء لا يتصور يظهر الفرق .

كما إذا مات الحالـف فإنه يحنث مع احتمال إعادة الحياة ، بخـلاف مسألة الكوز ، لأن شرب الماء الذي في الكوز وقت الحلف ، ولا ماء فيه لا يتصور فلا ينعقد اليمين.

م: (**كما إذا مات الحالف فإنه يحنث مع احتمال إعادة الحياة**) ش: وهو متصور ، فينعقد اليمين م: (**بخلاف مسألة الكوز ، لأن شرب الماء الذي في الكوز وقت الحلف ، ولا مـاء فيه**) ش: أي والحال أنه لا ماء فيه م: (**لا يتصور**) ش: هو خبر إن في قوله ، لأن شرب الماء الذي في الكوز ، فإذا كان غير متصور م: (**فلا ينعقد اليمين**) ش: .

فإن قلت : يتصور أن يخلق الله فيه الماء ، وقدرته أعظم من ذلك .

قلت : لو حلف بالله تعالى وفيه الماء ، لا يكون هذا الماء هو الذي انعقد عليه اليمين ، والله أعلم .

* * *

باب اليمين في الكلام

قال : ومن حلف لا يكلم فلانًا فكلمه وهو بحيث يسمع ، إلا أنه نائم حنث ، لأنه قد كلمه ووصل إلى سمعه ، لكنه لم يفهم لنومه ، فصار كما إذا ناداه ، وهو بحيث يسمع لكنه لم يفهم لتغافله . وفي بعض روايات «المبسوط» شرط أن يوقظه ، وعليه مشايخنا - رحمهم الله - لأنه إذا

م: (باب اليمين في الكلام)

ش: هذا باب في بيان أحكام اليمين في الكلام . قال قوم : الكلام عذر وفعله كلم محذوف الزوائد نحو سلم سلامًا ، وأعطى وإعطاء ، والدليل على ذلك أنه يعمل كسائر المصادر نحو عجب من كلامك زيدًا ، حيث نصب زيدًا ، ولو كان اسمًا لم يجز إعماله . وقال الأكثرون : إنه اسم المصدر ، والمصدر الحقيقي المتكلم . وقال الله تعالى ﴿ **وكلم الله موسى تكليمًا** ﴾ (النساء : الآية ١٦٤) ، وقال تعالى ﴿ **صلوا عليه وسلموا تسليمًا**) ش: (الأحزاب : الآية ٥٦) .

فالكلام والسلام اسمان للمصدر والكلام في اللغة عبارة عن الكلم وهو الجرح ويجمع على كلام بالكسر ، وفي اصطلاح النحاة : الكلام ما تضمن كلمتين بالإسناد . وفي «اصطلاح الفقهاء» الكلام الذي يخفى ، كلم عبارة عن اسماع كلامه لغيره . وعبارة أيضًا عن إسماع نعته . وفي «المحيط» : الكلام حقيقة اسم لما ينافي السكوت والخرس ولكن في العرف اسم لحروف منطوقة مفهومة مقطعة مسموعة .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: (**ومن حلف لا يكلم فلانًا فكلمه وهو بحيث يسمع إلا أنه**) ش: أي إلا أن فلانًا م: (**نائم حنث**) ش: وبه قال الشافعي وأحمد ومالك -رحمه الله - في رواية .

م: (**لأنه قد كلمه ووصل إلى سمعه لكنه لم يفهم لنومه ، فصار كما إذا ناداه وهو بحيث يسمع لكنه لم يفهم لتغافله**) ش: إذ التكلم عبارة عن إسماع الكلام كما في تكلم نفسه فإنه عبارة عن إسماع نفسه ، إلا أن سماع الغير أمر يبطن لا يوقف عليه ، فأقيم السبب المؤدي به مقامه ، ويسقط اعتبار حقيقة السماع ، كذا ذكره شيخ الإسلام خواهر زاده -رحمه الله - .

م: (**وفي بعض روايات «المبسوط» شرط أن يوقظه**) ش: أي شرط إيقاظ فلان الذي حلف أنه لا يكلمه ، فإنه قاله فناداه وأيقظه حنث شرط الإيقاظ وبه قال مالك -رحمه الله- في رواية وذكر في بعض الروايات فناداه وأيقظه فهذا يدل على أنه متى ناداه يحنث وإن لم يوقظه ، كذا في« المبسوطين» .

ثم ذكر السرخسي -رحمه الله - في «مبسوطه» : والأظهر أنه لا يحنث إذا لم يوقظه ، لأن النائم كالغائب م: (**وعليه**) ش: أي على شرط الإيقاظ م: (**مشايخنا -رحمهم الله-، لأنه إذا لم**

وكل ذلك لا يتحقق إلا بالسماع . وقال أبو يوسف - رحمه الله - : لا يحنث ، لأن الإذن هو الإطلاق وإنه يتم بالإذن كالرضاء ، قلنا الرضاء من أعمال القلب

وأحمد - رحمه الله .

م: (**ولو حلف لايكلمه إلا بإذنه فأذن له ولم يعلم بإذنه حتى كلمه حنث**) ش: وبه قال مالك وأحمد والشافعي - رحمه الله - في وجه . وفي «شرح الأقطع» : هذا هو المشهور من قولهم ، أي من قول أصحابنا ، وعند أبي يوسف - رحمه الله - أنه لا يحنث ، وبه قال الشافعي - رحمه الله - .

م: (**لأن الإذن مشتق من الأذان الذي هو الإعلام**) ش: ومنه قوله تعالى ﴿ **وأذان من الله ورسوله**﴾ (التوبة : الآية ٣) أي إعلام م: (**أو من الوقوع في الإذن**) ش: أي أوان الإذن مشتق من الوقوع في الإذن لتسميته م: (**وكل ذلك**) ش: أي الإذن من الأذان ومن الوقوع في الإذن م: (**لا يتحقق إلا بالسماع**) ش: واعترض بأنه لو كان كذلك لما صار العبد مأذونًا إذا أذن له مولاه ، وهو لا يعلم لكنه يكون مأذونًا ، فلم يكن الإذن محتاجًا إلى الوقوع في الإذن .

وأجيب : بأن الإذن هذا فك الحجر في حق العقد ينصرف بأهلية نفسه ومالكيه ، فيثبت بمجرد الإذن . وأما في اليمين وقد حرمه كلامه إلا بإذنه ، فصار الإذن مستثنى لإباحة الكلام ، فلا بد من الإعلام لذلك .

م: (**وقال أبو يوسف -رحمه الله- : لا يحنث ، لأن الإذن هو الإطلاق ، وإنه يتم بالإذن**) ش: على وزن الفاعل م: (**كالرضاء**) ش: يعني إذا حلف لا يكلمه إلا برضاه ، فرضي المحلوف عليه بالاستثناء ولم يعلم الحالف فكلمه لا يحنث ، لما أن الرضى يتم بالراضي ، وكذلك الإذن يتم بالآذن م: (**قلنا الرضاء من أعمال القلب**) ش: فيتم بالراضي م: (**ولا كذلك الإذن على ما مر**) ش: أنه إما من الأذان الذي هو الإعلام أو من الوقوع في الإذن ، وذلك مقتضى السماع ولم يوجد . ونقل في «تتمة الفتاوى» و«الفتاوى الصغرى» عن أيمان النوازل حلف لا تخرج امرأته إلا بإذنه فأذن لها من حيث لا يسمع لا يكون إذنًا في قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - .

وقال أبو يوسف - رحمه الله - ، وزفر - رحمه الله - : هذا إذن . وقال نصير بن يحيى رحمه الله - : كتبت إلى البلخي رسالة بما يختار في هذه المسألة ، فكتب إلي أن لا اختلاف في هذه المسألة وهو إذن إجماعًا ، إنما الاختلاف فيمن يقول لا تخرجي إلا بأمري ، لأن الإذن يكون إذنًا بدون السماع ، وأما الأمر فلا يكون إذنًا بدون السماع . قال نصير إلا أن أبا سليمان ذكر الاختلاف في الإذن وهكذا القدوري أعانه .

م: (**قال**) ش: أي محمد - رحمه الله - في «الجامع الصغير» : م: (**وإن حلف لا يكلمه**

ولا كذلك الإذن على ما مر . قال : وإن حلف لا يكلمه شهراً فهو من حين حلف ، لأنه لو لم يذكر الشهر لتأبد اليمين ، وذكر الشهر لإخراج ما وراءه فبقي الذي يلي يمينه داخلاً عملاً بدلالة حاله ، بخلاف ما إذا قال والله لأصومن شهراً ، لأنه لو لم يكن الشهر لا يتأبد اليمين ، فكان ذكره لتقدير الصوم به وإنه منكر فالتعيين إليه ، وإن حلف لا يتكلم فقرأ القرآن في صلاته لا يحنث وإن قرأ في غير صلاته حنث . وعلى هذا التسبيح والتهليل والتكبير وفي القياس يحنث فيهما ، وهو قول الشافعي - رحمه الله - لأنه كلام حقيقة .

شهراً فهو من حين حلف) ش: أي اعتبار الشهر من زمان الحلف م: (**لأنه**) ش: أي لأن الحالف م: (**لو لم يذكر الشهر لتأبد اليمين**) ش: لأن النكرة تعم في موضع النفي م: (**فذكر الشهر لإخراج ما وراءه**) ش: أي ما وراء الشهر .

م: (**فبقي الذي يلي يمينه داخلاً**) ش: أي ففي الشهر الذي يلي يمينه داخلاً في الإيجاب م: (**عملاً بدلالة حاله**) ش: أي حال الحالف ، لأنه الحامل على هذا اليمين الغليظ الذي لحقه في الحال ، فكان مراده أن لا يكلمه في هذه الحالة .

م: (**بخلاف ما إذا قال والله لأصومن شهراً ، لأنه لو لم يكن الشهر لا يتأبد اليمين ، فكان ذكره**) ش: أي ذكر الشهر م: (**لتقدير الصوم به**) ش: أي بالشهر ، وإنه م: (**وإن الشهر منكر فالتعيين إليه**) ش: أي إلى الحالف فله أن يعين أي شهر شاء مطلقًا متتابعًا أو متبوعًا ، هذا في الصوم ، أما في الاعتكاف فإنه يعين أي شهر شاء . ويلزمه التتابع ، لأن التتابع فيه أصل ليلاً ونهاراً ، إلا أنه إذا قال الشهر دون الليالي ، فحينئذ له أن يفرق ، بخلاف انصوم فإن التفريق فيه أصل ، لأنه لم يوجد إلا في الشهر خاصة ، إلا إذا قال متتابعًا ، فيلزمه التتابع ، ونظير المسألة الأولى أما إذا أجر داره شهراً كان المراد منه الشهر الذي يلي العقد ، لأنه لو لم يذكر الشهر ينصرف العقد إلى الأكثر لكنه يكون فاسداً ، فكان ذكر الشهر لإخراج ما وراءه ، فبقي الشهر متصلاً بالإيجاب بحكم أصل الإيجاب . م: (**ولو حلف لا يتكلم فقرأ القرآن في صلاته لم يحنث ، وإن قرأ في غير صلاته حنث ، وعلى هذا**) ش: أي وعلى هذا التفصيل م: (**التسبيح والتهليل والتكبير**) ش: يعني إذا حلف لا يتكلم فقال: سبحان الله ، أو قال : لا إله إلا الله ، أو قال : الله أكبر ، فإن كان في الصلاة لا يحنث ، وإن كان خارج الصلاة يحنث . م: (**وفي القياس يحنث فيهما**) ش: أي في الصلاة وخارجها بالتسبيح وأحسنه م: (**وهو قول الشافعي**) ش: وبه قال أحمد - رحمه الله - م: (**لأنه كلام حقيقة**) ش: لأن الكلام اسم لحروف منطوية تحتها ، يقال : فمفهومه يكون قارئ القرآن أو المسبح أو المهلل أو المكبر متكلمًا لا محالة .

م: (**ولنا أنه**) ش: أي أن كل واحد من هذه م: (**في الصلاة ليس بكلام عرفًا ولا شرعًا**) ش: أما عرفًا فلأن الإنسان لا يحلف على ترك الكلام كي يترك الصلاة ، ، فعلم أن الموجود في الصلاة لا

ولنا أنه في الصلاة ليس بكلام عرفًا ولا شرعًا ، قال عليه السلام : «إن صلاتنا هذه لا يصلح فيها شيء من كلام النـاس » . وقيل : في عرفنا لا يحنث فـي غير الصـلاة ، لأنه لا يسمى متـكلمًا بل قارئًا ومسـبحًا . ولو قال يوم أكلم فـلانًا فامرأته طالق فهو على الليـل والنهار ؛ لأن اسم اليوم إذا قرن بـفعل لا يمتـد يراد به مطلق الوقت . قال الـله تعالى :﴿ ومن يولهم يومـئذ دبره ﴾ (الأنـفال الآية: ١٦) ، والكلام لا يمتد

يسمى كلامًا حرفًا ، ولأن الكلام حرام في الصلاة ، وهذا مباح .

وأما شرعًا فقد أشار إليه بقوله : م: (**قـال عليه السـلام**) ش: أي قـال النبي ﷺ : م: (**إن صلاتنا هذه لا يصلـح فيهـا شيء من كلام الناس**) ش: هذا الحديث قد مضى في كتاب الصلاة في باب ما يفسد الصلاة ، وأخرجه مسلم من حديث معاوية بن الحكم السلمي -رضي الله عنه- وهو حديث طويل ، وفيه أن هذه الصلاة لا يصلح فـيها شيء من كلام الناس إنما هو التسبيح والتكبير وقراءة القرآن .

م: (**وقيل : في عرفنا لا يحنث في غير الصلاة ، لأن لا يسمى متكلمًا بل قارئًا ومسبحًا**) ش: قال شيخ الإسلام : خارج الصلاة إذا سبح أو هلل أو كبر ، لانصراف يمينه إلى كلام الناس ، وعليه الفتوى ، وبه قال أحمد - رحمه الله - .

وقال الفقيه أبو الليث - رحـمه الله - في «شرح الجـامع الصـغير » : هذا في عـادة أهل العراق ، وأما في بلادنا إذا حلف الرجل أن لا يتكلم فقرأ القرآن لا ينبغي أن يحنث ، سـواء قرأ في الصلاة أو في غير الصلاة ، وإليه ذهب الصدر الشهيد والعتابي - رحمه الله - .

م: (**ولو قال : يوم أكلم فلانًا فامرأته طالق ، فهـو على الليل والنهار ، لأن اسم اليوم إذا قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت ، قـال الله تعالى : ﴿ ومن يولهم يومئـذ دبره ﴾** م: (**الأنفال : الآية ١٦) ش:** أراد به مطلق الوقت .

م: (**والكلام لا يمتـد**) ش: لأنه عرض كما يوجد بقاء الشيء ، ولا يقبل الامتداد لذاته بل يتخذ الأمثال كالضرب والجلوس والركوب وغير ذلك ، لأن الثاني مثل الأول صورة ومعنى ، فجعل كالغير الممتدة .

أما الكلام الثاني بعد معنى غير ما يفيد الأول ، فلم يقم فيه القول بتجدد الأمثال ، فيكون المراد من اليوم مطلق الوقت ليلاً كان أو نهارًا ، فيحنث في يمينه إذا وجد الكلام مطلقًا .

م: (**وإن عني النهار خاصة**) ش: أي وإن قصدت باليوم النهار وهو زمان ممتد من طلوع الفجر الصادق إلى غروب الشمس م: (**دين في القضاء**) ش: يعني صدق في الحكم ، لأنه مستعمل فيه أيضًا م: (**لأن اليوم مستعمل في النهار أيضًا**) ش: لأنه نوى حقيقة كلامه .

وإن عني النهار خاصة دين في القضاء ، لأن اليوم مستعمل في النهار أيضًا ، وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يصدق في القضاء ، لأنه خلاف المتعارف ولو قال ليلة أكلم فلانًا فهو على الليل خاصة ، لأنه حقيقة في سواد الليل كالنهار للبياض خاصة ، وما جاء استعماله في مطلق الوقت ولو قال : إن كلمت فلانًا إلا أن يقدم فلان ، أو قال : حتى يقدم فلان أو قال : إلا أن يأذن فلان ، أو حتى يأذن فلان فامرأته طالق ، فكلمه قبل القدوم أو الإذن حنث . ولو كلمه بعد القدوم والإذن لم يحنث ، لأنه غاية

م: (**وعن أبي يوسف -رحمه الله - أنه لا يصدق في القضاء ، لأنه خلاف المتعارف**) ش: أي لأن كون النهار مرادًا من يوم قرن بفعل لا يمتد ، خلاف القرون في العرف م: (**ولو قال: ليلة أكلم فلانًا**) ش: فامرأته طالق .

م: (**فهو على الليل خاصة ، لأنه حقيقة في سواد الليل كالنهار للبياض خاصة ، وما جاء استعماله**) ش: أي استعمال الليل م: (**في مطلق الوقت**) ش: وفي «المبسوط » الليل ضد النهار ، قال الله تعالى : ﴿ **هو الذي جعل الليل والنهار خلفة** ﴾ (النحل : الآية ٦٢) ، كما أن النهار مختص بزمان الضياء فكذا الليل يختص بزمان الظلمة والسواد .

فإن قلت : الليل مستعمل لمطلق الوقت أيضًا ، قال الشاعر :

وكنا جئنا كل بيضاء شحمة ليالي لاقينا جذام وحمير

والمراد مطلق الوقت لا الملاقاة للمحاربة وهي تقع ليلاً ونهارًا ، والظاهر كونها في النهار ، وبعده .

سقيناهم كأس سقينا بمثلها ولكنهم كانوا على الموت أصبرا

قلت : الشاعر ذكر الليل بلفظ الجمع وأحد العددين إذ ذكر بلفظ الجمع يقتضي دخول ما بإزائه من العدد . قال الله عز وجل ﴿ **ثلاث ليال** ﴾ وقال ﴿ **ثلاثة أيام إلا رمزًا**﴾ (آل عمران : الآية ٤١) ، والقصة واحدة ، وكلامنا في المفرد .

م: (**ولو قال إن كلمت فلانًا إلا أن يقدم فلان ، أو قال حتى يقدم فلان ، أو قال إلا أن يأذن فلان ، أو حتى يأذن فلان فامرأته طالق ، فكلمه قبل القدوم**) ش: أي قبل قدوم فلان م: (**أو الإذن حنث**) ش: أي أو كلمه قبل الإذن حنث م: (**ولو كلمه بعد القدوم والإذن لم يحنث ، لأنه غاية**) ش: أي لأن كل واحد من القدوم والإذن غاية ، وكلمة «حتى» للغاية ، قال تعالى : ﴿**حتى مطلع الفجر** ﴾ (القدر : الآية ٥) . وأما كلمة «إلا» ها هنا بمعنى الغاية ، لأن حقيقة الاستثناء غير مرادة لتعذر استثناء الإذن والقدوم في الكلام ، لأنهما ليسا من جنسه ، فجعل مجازًا عن الغاية لما بين الاستثناء والغاية من المشابهة من حيث إن الحكم بعد كل واحد منهما يخالف الحكم قبله .

واليمين باقية قبل الغاية ومنتهية بعدها ، فلا يحنث بالكلام بعد انتهاء اليمين ، وإن مات فلان سقطت اليمين ،خلافًا لأبي يوسف - رحمه الله - لأن الممنوع عنه كلام ينتهي بالإذن والقدوم ، ولم يبق بعد الموت متصور الوجود . فسقطت اليمين ، وعنده التصور ليس بشرط ، فعند سقوط الغاية يتأبد اليمين . ومن حلف لا يكلم عبد فلان ولم ينو عبدًا بعينه أو امرأة فلان أو صديق فلان فباع فلان عبده أو بانت منه امرأته أو عادى صديقه فكلمهم لم يحنث ، لأنه عقد يمينه على فعل

م: (**واليمين باقية قبل الغاية ومنتهية بعدها**) ش: أي بعد الغاية م: (**فلا يحنث بالكلام بعد انتهاء اليمين**) ش: بيانه أنه إذا كلمه بعد القدوم والإذن لم يحنث ، لأنه كلمه بعد انتهاء اليمين ، وإذا كلمه قبل القدوم والإذن يحنث ، لأن شرط الحنث وجد حال بقاء اليمين . م: (**وإن مات فلان**) ش: يعني الذي أسند إليه القدوم أو الإذن م: (**سقطت اليمين**) ش: لانتفاء قصور البر م: (**خلافًا لأبي يوسف -رحمه الله -**) ش: فإنه قال تبقى اليمين مؤيدة بعد سقوط الغاية م: (**لأن الممنوع عنه**) ش: أي عن الحالف م: (**كلام ينتهي بالإذن والقدوم ، ولم يبق بعد الموت متصور الوجود ، فسقطت اليمين**).

ش: فإن قلت : إعادة الحياة ممكنة ، فكان الواجب أن لا يبطل اليمين وانعقدت على القدوم أو الإذن في حياة القائمة لا العادة بعد موته .

ولهذا قلنا : إذا قال : لأقتلن فلانًا وفلان ميت ، ولم يعلم الحالف بموته لا يحنث .

ولهذا قلنا إذا قال لأقتلن فلانًا وفلان ميت ينعقد اليمين ، لأنها وقت القائمة .

فإن قلت : إعادة عين الروح ممكن .

قلنا : الحياة غير الروح ، لأن الله تعالى حي وليس له روح ، كذا نقل عن العلامة مولانا حميد الدين -رحمه الله تعالى - .

م: (**وعنده**) ش: أي عند أبي يوسف -رحمه الله - م: (**التصور ليس بشرط ، فعند سقوط الغاية**) ش: وهو الإذن والقدوم م: (**يتأبد اليمين**) ش: وهذا الكلام في بيان هذا الأصل بينهم .

م: (**ومن حلف لا يكلم عبد فلان ولم ينو عبدًا بعينه أو امرأة فلان أو صديق فلان**) ش: أي أو حلف لا يكلم صديق فلان م: (**فباع فلان عبده أو بانت منه امرأته أو عادى صديقه فكلمهم**) ش: أي فكلم العبد في المسألة الأولى أو المرأة في المسألة الثانية أو صديق فلان في المسألة الثالثة م: (**لم يحنث لأنه عقد يمينه على فعل واقع في محل مضاف إلى فلان ، إما إضافة ملك**) ش: كما في المسألة الأولى .

م: (**أو إضافة النسبة**) ش: كما في المسألتين الأخريين م: (**ولم يوجد**) ش: واحد منهما م: (**فلا يحنث**) ش: الأصل في جنس هذه المسائل أنه متى عقد يمينه على فعل في محل منسوب إلى الغير

مراعى للحنث .

ووجود النسبة وقت وجود المحلوف عليه ، ولا يعتبر بالنسبة وقت اليمين إذا لم يوجد وقت وجود الفعل المحلوف عليه ، وإن كان منسوبًا إلى الغير لا بالملك يراعى وجود النسبة وقت اليمين ولا تعتبر كالنسبة وقت وجود الفعل المحلوف عليه .

مثال الأول : وهو قوله لا يكلم عبد فلان ، وكذا لا يدخل دار فلان أو لا يركب دابته أو لا يأكل طعامه أو لا يلبس ثوبه وإذا زال الملك ووجد الكلام أو الدخول أو الركوب أو أكل الطعام أو لبس الثوب لا يحنث .

ومثال الثاني : هو قوله لا يكلم امرأة فلان أو صديق فلان فأبانها فلان ، أو عادى صديقه فكلمهم يحنث . ووجه القران في الفعل الأول الحامل على اليمين يعني في الملك ، لأن هذه الأشياء لا تعادي عادة . وفي الفعل الثاني بمعنى في هؤلاء مكان هؤلاء هجر ، ويعادي عادة بمعنى فيهم ، لأن الأذى متصور منهم .

فإن قيل : يشكل هذا بعبد فلان ، فإن الأذى متصور منه ، كما في هؤلاء .

قلنا : ذكر ابن سماعة - رحمه الله - في «نوادره» أن في العبد يحنث عند أبي حنيفة - رحمه الله - لهذا وجد ظاهر الرواية أن العبد مملوك ساقط الاعتبار عند الإحراز ملحق بالجمادات ولهذا تباع في الأسواق كالبهائم ، والظاهر أنه إذا كان الأذى منه لا يقصد هجرانه اليمين ، بل يقصد سيده ، كذا في «المبسوط»« والذخيرة» .

فإن قلت : لم يكن له زوجة ولا صديق ثم اتحد الصديق والزوجة ، ثم كلم ما يكون حكمه .

قلت : لم يذكر هذا في «الجامع الصغير» ، قالوا على قياس قول أبي حنيفة -رحمه الله- يحنث . وأما محمد - رحمه الله - فقد قال : في الزيادات لا يحنث .

وقال فخر الإسلام - رحمه الله - في شرح «الجامع الصغير» يحتمل أن يكون قال أبو يوسف - رحمه الله - مثل ما قال أبو حنيفة - رحمه الله - : وإن وجدت الإشارة مع ذلك بأن قال : لا أكلم صديق فلان هذه وزوجة فلان هذه ثم زالت الزوجية والصداقة ثم كلم حنث في قولهم ، لأن ذكر النسبة للتعريف كالإشارة ، فكانت الإشارة أولى .

م: (**قال**) ش: أي المصنف - رحمه الله - : م: (**هذا**) ش: أي عدم الحنث م: (**في إضافة الملك بالاتفاق**) ش: بين الثلاثة م: (**وفي إضافة النسبة عند محمد -رحمه الله- يحنث كالمرأة والصديق**) ش: بيانه أن عند محمد - رحمه الله - يعتبر وجود النسبة وقت الحلف ، فعلى هذا إذا طلق امرأته أو

قال - رضي الله عنه - : هذا في إضافة الملك بالاتفاق ، وفي إضافة النسبة عند محمد - رحمه الله - يحنث كالمرأة والصديق . قال في الزيادات : لأن هذه الإضافة للتعريف ، لأن المرأة والصديق مقصودان بالهجران فلا يشترط دوامها فيتعلق الحكم بعينه ، كما في الإشارة . ووجه ما ذكر ها هنا وهي رواية الجامع الصغير أنه يحتمل أن يكون غرضه هجرانه لأجل المضاف إليه ، ولهذا لم يعينه ، فلا يحنث بعد زوال الإضافة بالشك وإن كانت يمينه على عبد بعينه بأن قال: عبد فلان هذا أو امرأة فلان بعينها أو صديق فلان بعينه لم يحنث في العبد وحنث في المرأة والصديق وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - . وقال محمد - رحمه الله - : يحنث في العبد أيضًا ، وهو قول زفر - رحمه الله - وإن حلف لا يدخل دار فلان هذه فباعها ثم دخلها فهو على هذا الاختلاف .

عادى صديقه يحنث عند محمد - رحمه الله - م: **(قال : في الزيادات)** ش: وأشار إلى بيانه وجه هذا بقوله م: **(لأن هذه الإضافة للتعريف ، لأن المرأة والصديق مقصودان بالهجران ،فلا يشترط دوامها)** ش: أي دوام إضافة المرأة إلى الزوج . وإضافة الصديق إلى فلان ، لأن ما كان للتعريف لا يشترط دوامه للاستيفاء عنه بعد التعريف م: **(فيتعلق الحكم بعينه)** ش: أي يتعلق حكم الحنث يعني المقصود ، وهو المرأة أو الصديق م: **(كما في الإشارة)** ش: بأن قال لا أكلم صديق فلان هذا أو زوجة فلان هذه . م: **(ووجه ما ذكرها هنا)** ش: وهو عدم الحنث بعد زوال الملك والنسبة وهو قول أبي حنيفة رحمه الله - م: **(وهي رواية «الجامع الصغير» أنه يحتمل أن يكون غرضه هجرانه)** ش: أي غرضه ، والحالف هجران المضاف م: **(لأجل المضاف إليه ، ولهذا)** ش: أي ولأجل أن غرض الحالف هجران المضاف لأجل المضاف إليه م: **(لم يعينه)** ش: أي لم يعين المضاف حيث لم يقل صديق فلان هذا ، أو امرأة فلان هذه م: **(فلا يحنث بعد زوال الإضافة بالشك)** ش: لاحتمال أن يكون هجرانه لأجل المضاف إليه .

م: **(وإن كانت يمينه على عبد بعينه بأن قال عبد فلان هذا ، أو امرأة فلان بعينها)** ش: بأن قال امرأة فلان هذه م: **(أو صديق فلان بعينه)** ش: أي أو قال صديق فلان بعينه م: **(لم يحنث في العبد وحنث في المرأة والصديق ، وهذا)** ش: أي عدم الحنث م: **(قول أبي حنيفة -رحمه الله- وأبي يوسف - رحمه الله - . وقال محمد : -رحمه الله- يحنث في العبد أيضًا ، وهو قول زفر -رحمه الله-)** ش: وبه قال الشافعي ومالك وأحمد - رحمه الله - .

م: **(وإن حلف لا يدخل دار فلان هذه فباعها فلان ثم دخلها فهو على هذا الاختلاف)** ش: أي عند محمد - رحمه الله - يحنث في الدار المشار إليها إذا بيعت ثم وجد الدخول كما في العبد المشار إليه إذا بيع ثم كلمه ، وعندهما لا يحنث ، لأن العبد والدار لا يصلحان للمعاداة ، أما الدار فظاهرة ، وأما العبد فلأنه يعادى لذاته وسقوط منزلته ، وإنما يهجران لمعنى في صاحبها .

وجه قول محمد وزفر - رحمهما الله - أن الإضافة للتعريف والإشارة أبلغ منها لكونها قاطعة للشركة ، بخلاف الإضافة فاعتبرت الإشارة ، ولغت الإضافة وصار كالصديق والمرأة . ولهما أن الداعي إلى اليمين معنى في المضاف إليه ، لأن هذه الأعيان لا تهجر ولا تعادى لذواتها ، وكذا العبد لسقوط منزلته ، بل لمعنى في ملاكها فتقيد اليمين بحال قيام الملك بخلاف ما إذا كانت الإضافة إضافة نسبة كالصديق والمرأة لأنه يعادي لذاته فكانت الإضافة للتعريف والداعي لمعنى في المضاف إليه غير ظاهر لعدم التعيين

فإذا زال الملك ثم وجد الفعل لا يحنث بخلاف المرأة والصديق ، فإنهما يصلحان للمعاداة فكيف وقد أشار إليهما فيحنث بعد زوال الزوجية والعدامة .

م: (**وجه قول محمد وزفر -رحمهما الله-أن الإضافة للتعريف والإشارة أبلغ منها**) ش: أي من الإضافة التي للتعريف م: (**لكونها**) ش: أي لكون الإشارة م: (**قاطعة للشركة**) ش: لكونها بمنزلة وضع اليد عليه م: (**بخلاف الإضافة**) ش: لجواز أن يكون لفلان عبيداً ، فإذا كان كذلك م: (**فاعتبرت الإشارة ولغت الإضافة ، وصار كالمرأة والصديق**) ش: أي وصار العبد المشار إليه كالصديق والمرأة ، أشار إليهما عند محمد وزفر - رحمه الله - ، وكذا عند الشافعي ومالك وأحمد - رحمه الله . م: (**ولهما**) ش: أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف - رحمه الله - م: (**أن الداعي إلى اليمين معنى في المضاف إليه**) ش: يعني لا نسلم أن الإضافة للتعريف ، بل لبيان الداعي إلى اليمين معنى في المضاف إليه م: (**لأن هذه الأعيان**) ش: أي الدابة ، أي حيوان كان ، والدار والثوب م: (**لا تعادى ولا تهجر لذواتها ، وكذا العبد**) ش: لا يهجر لذاته ، بل م: (**لسقوط منزلته**) ش:فإن قيل : يحتمل أن تعادى لذاتها على قول ، وجاء الخبر أن الشؤم في ثلاث في الدار والمرأة والفرس قلنا ذاك احتمال لم يعرف به العرف والعادة ، فإن في العادة لا يعادى لذاتها ، بل لسبب آخر وهو غير معلوم ، وفيما نحن فيه معادي بسبب أربابها عرفًا ، وهو معنى قوله م: (**بل لمعنى في ملاكها**) ش: أي يعادي بهجر هذه الأشياء لأجل معنى في ملاكها بضم الميم وتشديد اللام ، فإذا كان كذلك م: (**فتقيد اليمين بحال قيام الملك**) ش: بقيام المعنى الداعي إذا ذاك .

م: (**بخلاف ما إذا كانت الإضافة إضافة نسبة ، كالصديق والمرأة لأنه**) ش: أي لأن كل واحد منهما م: (**يعادي لذاته**) ش: وهو ظاهر م: (**فكانت الإضافة للتعريف والداعي لمعنى في المضاف إليه غير ظاهر لعدم التعيين**) ش: يعني الداعي إلى المعنى الذي في المضاف إليه غير متعين الهجران ، لأن مهجر لذاته لما ذكر أن الحر يهجر عادة بعينه ، وقد يهجر بغيره ، فإذا جمع بين الإضافة والإشارة تعين الهجران بعينه ، ولأن في اعتبار الهجران لغير لغة الإشارة م: (**بخلاف ما تقدم**) ش: وهي مسألة العبد لما ذكرنا من تعيين الهجران وجهة الإضافة .

م: (**قال**) ش: أي محمد - رحمه الله - في «الجامع الصغير» : م: (**وإن حلف لا يكلم**

بخلاف ما تقدم ، قال وإن حلف لا يكلم صاحب هذا الطيلسان فباعه ثم كلمه حنث ، لأن هذه الإضافة لا تحتمل إلا التعريف ، لأن الإنسان يعادي لمعنى في الطيلسان ، فصار كما إذا أشار إليه . ومن حلف لا يكلم هذا الشاب فكلمه وقد صار شيخًا حنث ؛لأن الحكم تعلق بالمشار إليه إذ الصفة في الحاضر لغو .وهذه الصفة ليست بداعية إلى اليمين على ما مر من قبل .

صاحب هذا الطيلسان) ش: وهو تقريب طيلسان ، وجمعه طيالسة ، والهاء في الجمع للعجمة ، لأنه فارسي يعرب ، وهو من لباس العجم مدوراً ، وفي جمع التعاريف الطيالسة لحمتها وسداها صوف .

وفي «المغرب» الطيلسان تقريب اللسان ، وهو لباس العجم ، ومنه قولهم في الشتم يا ابن الطيلسان ، يراد بك عجمية [. . .] .

م: (فباعه) ش: أي فباع صاحب الطيلسان طيلسانه ، م: (**ثم كلمه حنث ، لأن هذه الإضافة لا تحتمل إلا التعريف ، لأن الإنسان لا يعادي لمعنى في الطيلسان فصار كما إذا أشار إليه**) ش: أي إلى صاحب الطيلسان ، فتعلقت اليمين به ، وإن كلم المشتري لا يحنث .

م: (**ومن حلف لا يكلم هذا الشاب فكلمه وقد صار شيخًا**) ش: أي والحال أنه قد صار شيخًا ، قد علم أن الجملة الفعلية الماضية إذا وقعت حالاً لا بد فيها من ذكر قد ، وقد يحذف م: (**حنث ، لأن الحكم تعلق بالمشار إليه ، إذ الصفة في الحاضر لغو**) ش: وفي الغائب معتبرة ، إلا إذا كانت الصفة داعية إلى اليمين ، فحينئذ يعتبر .

وتنعقد اليمين بتلك الصفة ، كما إذا حلف لا يأكل بسراً فأكل بعد ما صار رطبًا ، أو حلف لا يأكل رطبًا فأكل بعد ما صار تمرًا لا يحنث لتقييد اليمين بصفة البسورة أو الرطوبة ، لأن تلك الصفة داعية إلى اليمين وهنا صفة الشأن لم تعتبر داعية ، لأن هجران الصغير مهجور شرعًا ، لقوله عليه السلام من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا ، فلو اعتبرت الصفة داعية يلزم هجران المهجور شرعًا ، فلا يجوز ذلك .

م: (**وهذه الصفة ليست بداعية إلى اليمين**) ش: هذا جواب عن سؤال مقدر يرد على ما قبله وقد اندرج بيانه فيما ذكرناه الآن م: (**على ما مر من قبل**) ش: أي في أول باب اليمين في الأكل والشرب في مسألة ما لا يأكل لحم هذا الجمل .

* * *

فصل

قال : ومن حلف لا يكلم حينًا أو زمانًا أو الحين أو الزمان فهو على ستة أشهر ؛ لأن الحين قد يراد به الزمان القليل ، وقد يراد به أربعون سنة ، قال الله تعالى : ﴿ هل أتى على الإنسان حين من الدهر ﴾ الإنسان الآية:١، وقد يراد به ستة أشهر ، قال الله تعالى : ﴿ تؤتي أكلها كل حين ﴾ (إبراهيم : الآية ٣٥) ، وهذا هو الوسط ، فينصرف إلى يمينه .

م: (فصل)

ش: أي هذا فصل في بيان مسائل متعلقة بالباب المذكور ، وإنما ذكر لفظ فصل ، ولم يذكر لفظ باب ، لأن مسائله داخلة في الباب المذكور بالتبعية . قال الكاكي : ومسائل هذا الفصل في الكلام أيضًا ، إلا أنها تتعلق بالزمان وما قبلها متعلق بالأعيان ، فالأعيان أصل والأزمان تابع له ، انتهى . وفي قوله تابع له نظر لا يخفى ، والترجيح بلا دليل لا يجوز .

م: (قال) ش: أي القدوري: م: (ومن حلف لا يكلم حينًا أو زمانًا) ش: أي أو قال : لا يكلمه زمانًا أو الحين ، أي أو قال: لا يكلمه م: (الحين) ش: بالألف واللام م: (أو الزمان) ش: أي أو قال : لا يكلمه الزمان معرفًا م: (فهو) ش: أي محلف واقع م: (على ستة أشهر) ش: وبه قال أحمد . وقال الشافعي : أدنى مدة ، وهو ساعة ، لأنه ثابت بتعين . وفي «شرح الأقطع » قال الشافعي: إذا حلف على نفي قيمته على ساعة واحدة . وإن حلف على الإثبات ففعل ذلك في آخر عمره جاز .

وقال مالك : يحمل على ستة . قال الله تعالى ﴿ تؤتي أكلها كل حين ﴾ (إبراهيم: الآية ٢٥) والمراد بها لستة أشهر ، ولأنه الوسط من المدة .

قلنا : المراد من قوله كل حين ستة أشهر ، كذا قاله ابن عباس -رضي الله عنهما- ، لأن من حين يخرج الطلع إلى أن يدرك التمر ستة التمر ، فكان هو الوسط ، فعند الإطلاق يحمل على الوسط ، فخير الأمور أوساطها .

م: (لأن الحين قد يراد به الزمان القليل) ش: قال الله تعالى : ﴿ فسبحان الله حين تمسون وحين تصبحون ﴾ (الروم : الآية ١٧) ، والمراد به وقت الصلاة م: (وقد يراد به) ش: أربعون سنة م: (قال الله تعالى : ﴿ هل أتى على الإنسان حين من الدهر ﴾ م: (الإنسان : الآية ١) ش: ، قال : أهل التفسير المراد به أربعون سنة م: (وقد يراد به ستة أشهر ، قال الله تعالى :﴿ تؤتي أكلها كل حين ﴾ م: (إبراهيم: الآية ٢٥) ش: وقد ذكرنا الآن عن ابن عباس -رضي الله عنه- أنه ستة أشهر م: (وهذا هوالوسط) ش: أي الحين الذي بمعنى ستة أشهر هو الوسط ، وقد مر الآن ، فإذا كان كذلك م: (فينصرف إلى يمينه) ش: أي إلى قدر ستة أشهر إذا لم يكن له نية .

وهذا لأن اليسير لا يقصد بالمنع لوجود الامتناع فيه عادة ، والمؤبد لا يقصد به غالبًا ، لأنه بمنزلة الأبد ولو سكت عنه ، يتأبد فتعين ما ذكرنا ، وكذا الزمان يستعمل استعمال الحين يقال ما رأيتك منذ حين ومنذ زمان بمعنى ، وهذا إذا لم تكن له نية ، أما إذا نوى شيئًا فهو على ما نوى ، لأنه نوى حقيقة كلامه ، وكذلك الدهر عندهما ، وقال أبو حنيفة - رحمه الله - : الدهر لا أدري ما هو

م: (**وهذا**) ش: أي الحمل على ستة أشهر لماذا؟ م: (**لأن اليسير لا يقصد بالمنع**) ش: لعدم الحاجة إلى اليمين في الامتناع عن الكلام في ساعة واحدة م: (**لوجود الامتناع فيه عادة**) ش: أي قدر الساعة من حيث العادة م: (**والمديد**) ش: أي الزمان المديد م: (**لا يقصد غالبًا ، لأنه بمنزلة الأبد**) ش: لأن من أراد ذلك يقول أبدًا في العرف ، فلو كان مراده ذلك لم يذكر الحين م: (**ولو سكت عنه**) ش: أي عن المديد م: (**يتأبد**) ش: أي اليمين م: (**فتعين ما ذكرنا**) ش: وهو الوسط . اعلم أن الحين هو الزمان قليله وكثيره ، كذا في «المجمل» وغيره ، وقال الزجاج في تفسيره : جميع ما شاهدنا من أهل اللغة يذهب إلى أن الحين اسم زمان كالوقت يصلح لجميع الأزمان كلها طالت أو قصرت ، ثم قال : والدليل على أن الحين بمنزلة الوقت قول النابغة أنشد الأصمعي في صفة الحية والملدوغ :

وما قبله فنبت كما ساورتني ضئيلة   الراقشي في أنيابها السم ناقع

قوله : - تناذرها - أي أنذر بعضهم بعضًا قولهم تطلقه بتشديد اللام معناه أن السم سحق لا وقتًا ، ويعود وقتًا . ومعنى ساورتني وأثنى من ساور إليه الأسد أي وثب ، والضئيلة بفتح الضاد المعجمة وكسر الهمزة وباللام هي الحية التي تنقبض وينضم بعضها إلى بعض والرقش بضم الراء وسكون القاف وبالسين المعجمة جمع رقشاء ، وهي الحية التي في ظهرها خطوط ونقط ، وناقع بالنون والقاف ، أي ثابت .

م: (**وكذا الزمان يستعمل استعمال الحين يقال ما رأيتك منذ حين ومنذ زمان بمعنى**) ش: واحد م: (**وهذا**) ش: أي الحمل على ستة أشهر في قوله لا يكلمه حينًا أو زمانًا أو قالهما بالتعريف م: (**إذا لم يكن له نية ، فأما إذا نوى شيئًا**) ش: من معاني الحين أو الزمان م: (**فهو على ما نوى ، لأنه نوى حقيقة كلامه**) ش: فيعمل به ، م: (**وكذلك الدهر**) ش: يعني يحمل على ستة أشهر إذا قال لا أكلمه دهرًا أو الدهر م: (**عندهما**) ش: أي عند أبي يوسف ومحمد - رحمه الله - .

م: (**وقال أبو حنيفة : الدهر لا أدري ما هو**) ش: أي لا أدري كيف هو في حكم التقدير ، قال أبو بكر الرازي : في شرح «مختصر الطحاوي» المشهور من قولهما أن الدهر بالألف واللام على الأبد قد ذكره محمد - رحمه الله - في «الجامع الصغير» ، ولم يذكر فيه خلافًا .

وكان أبو الحسن يقول : إن قول أبي حنيفة - رحمه الله - في الدهر وهو دهرًا واحدًا ، وإنه لم يجيب عنه بشيء ، والغالب في كلام الناس أن الدهر على الأبد يقال : فلان يصوم الدهر

....

يعنون الأبد .

وقال الكاكي : قال أبو حنيفة - رحمه الله - : لا أدري ما الدهر ، لأن الناس يستعملونه بمعنى الحين والزمان ، وبمعنى الأبد ، ألا ترى أن معرفته على الأبد بخلاف الحين والزمان ، لأن معرفتهما ومنكرهما سواء يقال فلان دهري بضم الدال إذا كان معمراً ، ودهري بالفتح إذا قال بالدهر وأنكر الصانع ، قال تعالى : حكاية عنهم ﴿ **وما يهلكنا إلا الدهر** ﴾ (الجاثية : الآية ٢٤) ، فكان مجملاً ، فلم يقف على مراد المتكلم ، والترجيح بلا دليل لا يجوز ، فكان قوله لا أدري من كمال علمه وورعه .

وروي أن ابن عمر -رضي الله عنهما - سئل عن شيء ، فقال : لا أدري ثم قال : بعد ذلك طوبى لابن عمر سئل عن شيء لا يدري فقال : لا أدري . ثم قيل إنما قال لا أدري ثم قال بعد ذلك حفظًا للسانه عن الكلام في معنى الدهر ، فقد جاء في الحديث أنه ﷺ قال : « **لا تسبوا الدهر ،فإن الله هو الدهر** » ، معناه أنه خالق الدهر .

وقد جاء في حديث آخر أنه ﷺ قال : حكاية عن الله عز وجل : « **استقرضت من عبدي وأبى أن يقرضني وهو يسبني ولا يدري سب الدهر ويقول وإنما أنا الدهر وكما روي أنه - عليه السلام- سئل عن خير البقاع فقال : لا أدري حتى أسأل ربي فصعد ثم نزل ، فقال : سألت الله عز وجل خير البقاع مساجدها ، وخير أهلها من يكون أول الناس دخولاً وآخرهم خروجًا** » ، فعرفنا أن الوقت في مثل هذا من الكمال لا من النقصان ، كذا في «المبسوط» و«جامع فخر الإسلام» و«قاضي خان» .

وقيل : وجه قول أبي حنيفة - رحمه الله - مع أن الدهر لا نص عليه عنه عن أحد من أهل اللغة ، ودلالة متعارضة فيجب التوقف فيه . ألا ترى إلى قوله تعالى ﴿**وما يهلكنا إلا الدهر** ﴾ (الجاثية : الآية ٢٤) ، وإلى قوله ﷺ : «**لا تسبوا الدهر ، فإن الله هو الدهر** » . ولهذا قال صاحب الحمرة : الدهر معروف . ثم قال : وقال يوم الدهر مدة الدنيا من ابتدائها إلى انقضائها وقال آخرون بل دهر كل قوم هو زمانهم .

وقال ثعلب في «التتمة» : الدهر الزمان الليل والنهار لا خير لك . ثم أنشد أهل الدهر :

إلا ليلة ونهارها إلى طلوع الشمس ثم غبارها

فلما لم يثبت العرف فيه لم يصح إلحاق الدهر والحين قياسًا ، لأن درك اللعان بالقياس لا يستقيم . ولهذا إذا ذكر الدهر معرفًا يقع على الأبد اتفاقًا على ظاهر الرواية بخلاف الحين والزمان، ولو قال : لا أكلم حينًا فهو على ثمانين سنة عندنا ، وعند أحمد ، وعند مالك -

وهذا الاختلاف في المنكر هو الصحيح ، أما المعرف بالألف واللام يراد به الأبد عرفًا ، لهما أن دهرًا يستعمل استعمال الحين والزمان يقال ما رأيتك منذ دهر ومنذ حين بمعنى، وأبو حنيفة توقف في تقديره ، لأن اللغات لا تدرك قياسًا ، والعرف لم يعرف استمراره لاختلاف في الاستعمال ،

رحمهما الله - على أربعين سنة . وعند الشافعي - رحمه الله - جميع العمر م: (**وهذا الاختلاف في المنكر**) ش: الاختلاف المذكور في قوله لا أكلمه دهرًا بدون الألف واللام .

م: (**هو الصحيح**) ش: احترز به عن رواية بشر عن أبي يوسف - رحمه الله - عن أبي حنيفة - رحمه الله - أنه قال : لا أفرق على قول أبي حنيفة - رحمه الله - بين قوله دهرًا وبين قوله الدهر .

وإذا كان الاختلاف في المنكر فالمعرف يكون متفقًا عليه ، فإما أن يكون ستة أشهر كما قالوا ، وإما أن يكون على الأبد بلا خلاف بينهم ، وهو الذي أشار إليه المصنف - رحمه الله - بقوله : م: (**أما المعرف بالألف واللام يراد به الأبد عرفًا**) .

ش: فإن قيل : ذكرت في «الجامع الكبير» وأجمعوا فيمن قال إن كلمتك دهورًا أو شهورًا أو سنينًا أو جمعًا أو أيامًا يقع على ثلاثة من هذه المذكورات ، لأنها أوفى الجمع المتفق عليه . فكيف قال أبو حنيفة - رحمه الله - لا أدرى الدهر . وقد حكم في دهور أن أدناه ثلاثة دهور فكل دهر ستة أشهر كما هو قولهما ، ومن لا يدري معنى الفرد لا يدري معنى الجمع ، إذ الجمع عبارة عن ثلاثة أفراد .

قلنا : هذا تفريع بمسألة الدهر على قول من يعرف الدهر ، كما فرع مسائل المزارعة على قول من يرى جوازها ، ولذلك قال بالمعرفة إذا كانت يمينه بالدهور على صيغة الجمع محلى بالألف واللام كما هو أصله في السنين والشهور ، وإليه أشار بالعشرة التمرتاشي . وقيل : إن أبا حنيفة - رحمه الله - قال : أوفى الجمع من هذه المذكورات ثلاثة ، ولكن لا يلزم من هذا معرفة المراد من الدهر المنكر ، يعني لو عرف المراد منه يكون المراد من الدهور ثلاثة سنين ، ومما يليق ذكره هنا ما قاله بعضهم من قال : لا أدري لما لم يدره ، فقد اقتدى في النفقة بالنعمات في الدهر والخنثى كذلك جوابه . ومحل أطفال ووقت ختان .

م: (**لهما**) ش: أي لأبي يوسف ومحمد - رحمه الله - م: (**أن دهرًا يستعمل استعمال الحين والزمان ، يقال ما رأيتك منذ دهر ومنذ حين بمعنى واحد ، وأبو حنيفة توقف في تقديره ، لأن اللغات لا تدرك قياسًا ، والعرف لم يعرف استمراره لاختلاف في الاستعمال**) ش: إذ هو باق بمعنى الزمان وبمعنى الأبد .

وقولهم دهرًا داهر ودهار برأي شديد . ويقال ماذا بدهري ، أي عاد يوم وما دهري بكذا ، أي همني ويراد به العمر، قال ﷺ : لا صام الدهر. مستعملاً في معان مختلفة، توقف أبو

ولو حلف لا يكلمه أيامًا فهو على ثلاثة أيام ، لأنه اسم جمع ذكر منكرًا ، فيتناول أقل الجمع وهو الثلاث ، ولو حلف لا يكلمه الأيام فهو علىعشرة أيام عند أبي حنيفة - رحمه الله - وقالا على أيام الأسبوع .ولو حلف لا يكلمه الشهور فهو علـى عشرة أشهر عنده ، وعندهما على اثني عشر شهرًا ، لأن اللام للمعهود ، وهو ما ذكرنا ، لأنه يدور عليها ، وله أنه جمع معرف ، فينصرف إلى أقصى ما يذكر بلفظ الجمع وذلك عشرة

حنيفة في تقديره كما ذكرناه .

م: (**ولو حلف لا يكلمه أيامًا فـهو على ثلاثة أيام ، لأنه اسم جمع ذكر منكرًا فـيتناول أقل الجمع ، وهو الثالث**) ش: هذا لفظ القدوري ، وهو رواية الجامع الكبير ، وذكر فيه أنه بالاتفاق وذكر في كتاب الأيمان أنه على عشرة أيام عنده ، أي عند أبي حنيفة - رحمه الله - كما في العرف .

وقال الإمام الأسبيجابي في «شرح الطحاوي» والمذكور في «الجامع» أصح ، وذلك لأن ذكر الأيام بالتنكير ولا دلالة فيه على الجنس والعهد ، فيقع على أقل الجمع ، وهو الثلاثة .

م: (**ولو حلف لا يكلمه الأيام فهو على عشرة أيـام عند أبي حنيفة . وقالا : على أيام الأسبوع . ولو حلف لا يكلمه الشهور فهو على عشرة أشهر عنده**) ش: عند أبي حنيفة - رحمه الله - م: (**وعندهما على اثني عشر شهرًا ، لأن اللام للمعهود**) ش: لأن في الأيام المعهودة في عرف الناس أيام الأسبوع فكانت الجمعة هي المرادة ، وفي الشهور المعهودة شهور السنة ، فكانت السنة هي المرادة م: (**وهو ما ذكرنا**) ش: أن اللام للعهد م: (**لأنـه**) ش: أي لأن الشـهر م: (**يدور عليـها**) ش: أي على اثني عشر . قال الأترازي : وكان القياس أن يقول لأنها تدور عليه ، لكن أقول المذكور في الأول ، وفي الإفراد في الثاني ، فافهم . ونقل الأكمل هذا برمته بقوله وقيل ، أي لأن الشهر يدور على اثني عشر وكان القياس إلى آخره ، ثم سكت عنه ، فالظاهر أنه لم يكن عنده معنى غير هذا حتى سكت ولم يقل شيئًا .

م: (**وله**) ش: أي ولأبي حنيفة م: (**أنه**) ش: أي لفظ الشهور م: (**جمع مـعرف بالألف واللام ينصـرف إلى أقصى مـا يذكر بلفظ الجـمع ، وذلك عشـرة**) ش: أي عشـرة . والأصل هنا أن حرف التعريف إذا دخلت في اسم الجمع ينصرف إلى أقصى ما يطلق عليه اسم الجمع عند أبي حنيفة ، وهو العشرة ، لأن الناس يقولون في العرف ثلاثة أيام وأربعة أيام إلى عشرة أيام ، ثم بعد ذلك يقولون أحد عشر يومًا ومائة يوم وألف يوم .

فإن كان العشرة أقصى ما ينتهي إليه لفظ الجمع كانت هي المرادة ، لأن اللام للجنس ، بخلاف ما إذا حلف بقوله : إن تزوجت النساء ، حيث تقع اليمين على الواحدة لتعذر صوته إلى الجمع .

وكذا الجواب عنده في الجمع والسنين ، وعندهما ينصرف إلى العمر لأنه لا معهود دونه

وإن عنى الجمع قيل لا يصدق ، لأنه خلاف الظاهر . وقيل يصدق لأنه نوى حقيقة كلامه . وقال أبو حنيفة : يقال : أي اللام للعهد ، والعشرة معهودة في الجمع المعرف ، فإنه أقصى ما يذكر بلفظ الجمع ، فإنه يقال : ثلاثة أيام إلى العشرة ، ثم يقال أحد عشر يومًا ، فكان تعريفًا لهذا المعهود .

فإن قلت : هذا لا يستقيم في الشهور ، فإنه لا يقال : ثلاثة شهور بل يقال : ثلاثة أشهر .

قلت : بل يقال ثلاثة شهور أيضًا ، كما يقال : ثلاثة فرد .

فإن قلت : هذا هكذا عند اقتران العدد ، لا عند تجرده عنه . وقد قيل في قوله تعالى : ﴿**وتلك الأيام نداولها**﴾ (آل عمران : الآية ١٤٠) ، أي أيام الدنيا .

قلت : اسم الجمع للعشرة وما دونها حقيقة في حالتي الإبهام والتعيين ، ويقع على ما وراء العشرة في حالة الإبهام دون التعيين ، فكان الصرف إلى ما صرف في الحالين أولى .

فإن قلت : يشكل هذا بقوله تعالى : ﴿**وقطعناهم اثنتي عشرة أسباطًا**﴾ (الأعراف : الآية ١٦٠) وما قال سبطًا .

قلت : لا يرد هذا السؤال ، لأن لفظ الأسباط ليس بتمييز ، وإنما التمييز محذوف ، تقديره وقطعناهم اثنتي عشرة فرقة أسباطًا ، فحذف الموصوف وأقيمت الصفة مقامه .

م: (**وكذا الجواب عنده**) ش: أي عند أبي حنيفة - رحمه الله - م: (**في الجمع**) ش: جمع جمعة ، يعني إذا حلف لا يكلم الجمع يقع على عشر جمع م: (**والسنين**) ش: يعني وكذا الجواب في السنين ، يعني إذا حلف لا يكلم السنين يقع على عشر سنين . وفي «المحيط» قال : لا أكلمه الأيام والشهور أو السنين أو الجمع أو الدهر أو الأزمنة فهو على العشرة عند أبي حنيفة - رحمه الله - وعندهما الأيام على الأسبوع ، يعني سبعة أيام والشهور على السبعة وغيرها على العمر .

م: (**وعندها ينصرف إلى العمر ، لأنه لا معهود دونه**) ش: أي دون العمر ، لأن الأصل عندهما أن ينظر إن كان ثمة معهود ينصرف إليه ، ولا ينصرف إلى جميع العمر . وفي الأيام إلى المعهود في عرف الناس أيام الأسبوع ، فكانت الجمعة هي المرادة .

وفي الشهور المعهودة شهور السنة ، فكانت السنة هي المرادة ولا معهود في الجمع والسنين ، فانصرف يمينه إلى جميع العمر . ولو قال جمعًا أو قال : سنين بالتنكير يقع على ثلاثة من ذلك بالاتفاق .

وفي «الكافي» وقيل : تنصرف الأيام على سبعة اتفاقًا ، وعند الشافعي ومالك وأحمد - رحمه الله - تنصرف إلى الثلاثة في المنكر ، لأنه أقل الجمع في المنكر في الأيام ، العرف ينصرف

ومن قال لعبده : إن خدمتني أيامًا كثيرة فأنت حر ، فالأيام الكثيرة عند أبي حنيفة - رحمه الله - عشرة أيام ، لأنه أكثر ما يتناوله اسم الأيام، وقالا : سبعة أيام ، لأن ما زاد عليها تكرار ، وقيل لو كان اليمين بالفارسية ينصرف إلى سبعة أيام ، لأنه يذكر فيها بلفظ الفرد دون الجمع

والله أعلم بالصواب .

عند مالك إلى الأبد .

وقال بعض أصحابه : ينصرف إلى الأسبوع ، ويحمل الشهور على اثني عشر ، وبه قال أحمد - رحمه الله . وفي قوله عن مالك ينصرف إلى الأبد والسنين ، والجمع ينصرف إلى الأبد لقولهم وبه قال أحمد - رحمه الله .

م: (**ومن قال : لعبده إن خدمتني أيامًا كثيرة فأنت حر ، فالأيام الكثيرة عند أبي حنيفة -رحمه الله عشرة أيام ، لأنه أكثر ما يشار له اسم الأيام**) ش: لأن أكثر عدد يضاف إلى الأيام عشرة ، فبعد ذلك لا يسمى أيامًا يقال : ثلاثة أيام إلى عشرة أيام ، ثم يترك ذكر الأيام فيقال أحد عشر يومًا مائة يوم وألف يوم .

م: (**وقالا : سبعة أيام ، لأن ما زاد عليها تكرار**) ش: فتكون الأيام الكثيرة سبعة . **وقيل** : هذا بالاتفاق كما ذكرنا عن قريب م: (**وقيل لو كان اليمين بالفارسية**) ش: بأن قال : لعبده أكثر خدمتها ردزها ، أي سئل نوازا أو يخدم سبعة أيام فيعتق ، وهو معنى قوله م: (**ينصرف إلى سبعة أيام ، لأنه يذكر فيها بلفظ المفرد دون الجمع**) ش: .

وقال الأترازي : في هذا التعليل نظر ، لأن لفظ المفرد بالفارسي لا يخلو من أحد الأمرين . إما أن يفهم منه معنى الجمع أم لا ، فإن فهم فينبغي أن يكون العربي والفارسي سواء ، وإن لم يفهم ينبغي أن لا يكون الأسبوع مرادًا أيضًا . انتهى .

وقال الأكمل : يمكن أن يجاب عنه بأن يفهم منه معنى الجمع . قوله : ينبغي أن يكون العربي والفارسي سواء .

قلنا : ممنوع لأنه لفظ الفارسي ، وإن المراد معنى الجمع لكن ينتهي إلى العشرة وتخصيص أيام الأسبوع لكونه المعهود أو لعدم القائل بالفصل .

* * *

باب اليمين في العتق والطلاق

ومن قال : لامرأته إذا ولدت ولدًا فأنت طالق فولدت ولدًا ميتًا طلقت ، وكذلك إذا قال لأمته إذا ولدت ولدًا فأنت حرة ، لأن الموجود مولود ، فيكون ولدًا حقيقة ، ويسمى به في العرف ويعتبر ولدًا في الشرع حتى تنقضي به العدة والدم بعده نفاس وأمه أم ولد له فيتحقق الشرط ، وهو ولادة الولد . ولو قال : إذا ولدت ولدًا فهو حر فولدت ولدًا ميتًا ثم آخر حيًا عتق الحي وحده عند أبي حنيفة - رحمه الله - وقالا : لا يعتق واحد منهما ، لأن الشرط قد تحقق بولادة الميت على ما بينا فينحل اليمين لا إلى جزاء ، لأن الميت ليس بمحل للحرية ، وهي الجزاء

م: (**باب اليمين في العتق والطلاق**)

ش: أي هذا باب في بيان أحكام اليمين في العتق والطلاق ، وقدم هذا الباب على غيره ، لأن الحلف بهما أكثر وقوعًا ، فكانت معرفة كأنه من غيره .

م: (**ومن قال لامرأته : إذا ولدت ولدًا فأنت طالق فولدت ولدًا ميتًا طلقت ، وكذلك إذا قال لأمته: إذا ولدت ولدًا فأنت حرة**) ش: فولدت ولدًا ميتًا عتقت م: (**لأن الموجود مولود فيكون ولدًا حقيقة**) ش: يعني يكون ولدًا باعتبار الحقيقة وعرفًا وشرعًا .

أما حقيقة فظاهر ، وأما عرفًا فكذلك ، أشار إليه بقوله م: (**ويسمى به**) ش: أي بالولد م: (**في العرف**) ش: وأما شرعًا فهو قوله : م: (**ويعتبر ولدًا في الشرع حتى تنقضي به العدة والدم بعده**) ش: أي بعد الولد .

م: (**نفاس وأمه أم ولد له فيتحقق الشرط ، وهو ولادة الولد**) ش: فتطلق الحرة وتعتق الأمة وفيما ذكره الأترازي - رحمه الله - في التعليل أنه يجيء في الآخرة ويرجى شفاعته بدليل ما روى أبو عبيدة -رضي الله عنه - في حديث النبي ﷺ في السقط تعطيل محيطيًا على باب الجنة ، والمحيطي يروى لغيرهم ، فعلى الأول معنى المتغضب المستبطئ للشيء ، وعلى الثاني معناه العظيم البطن المنتفخ ، يعني مغضب وينفتح بطنه حتى يدخل أبواه الجنة . م: (**ولو قال : إذا ولدت ولدًا فهو حر فولدت ولدًا ميتًا ثم آخر**) ش: أي ولدت ولدًا آخر م: (**حيًا عتق الحي وحده عند أبي حنيفة رحمه الله - . وقالا : لا يعتق واحد منهما ، لأن الشرط قد تحقق بولادة الميت**) ش: لأن شرط الحرية ولادة الولد ، وقد تحققت ولادة الميت م: (**على ما بينا**) ش: أشار به إلى قوله لأن الموجود مولود .

فإذا كان كذلك م: (**فينحل اليمين لا إلى جزاء**) ش: كما إذا قال لعبده إذا دخلت الدار فأنت حر فباعه فدخل الدار ينحل اليمين لا إلى جزاء ، حتى إذا اشتراه فدخل الدار لا يعتق . وكذا إذا قال لامرأته : إن دخلت الدار فأنت طالق فأبانها وانقضت عدتها ثم دخلت الدار ينحل اليمين لا إلى جزاء ، حتى إذا تزوجها ثم دخلت الدار لا تطلق م: (**لأن الميت ليس بمحل للحرية ، وهي الجزاء**)

ولأبي حنيفة - رحمه الله - أن مطلق اسم الولد مقيد بوصف الحياة لأنه قصد إثبات الحرية جزاء وهي قوة حكمية تظهر في دفع تسلط الغير ، ولا تثبت في الميت فيتقيد بوصف الحياة فصار كما إذا قال إذا ولدت ولداً حيًا بخلاف جزاء الطلاق وحرية الأم لأنه لا يصلح مقيداً ، وإذا قال أول عبد أشتريه فهو حر فاشترى عبداً عتق لأن الأول اسم لفرد سابق . فإن اشترى عبدين معًا ثم آخر لم يعتق واحد منهم لانعدام التفرد في الأولين ، والسبق في الثالث فانعدمت الأولية ، وإن قال أول عبد أشتريه وحده ، فهو حر عتق الثالث ؛ لأنه يراد به التفرد في حالة الشراء ، لأن وحده للحال لغة

ش: لأن الحرية عبارة عن قدرة حكمية تثبت في المحل يحنث بدفع تسلط الغير عليه والميت ليس بأهل للقوة الحكمية المذكورة .

م: (**ولأبي حنيفة -رحمه الله- أن مطلق اسم الولد مقيد بوصف الحياة**) ش: تصحيح الكلام العاقل ، ولو لم يقيد بوصف الحياة صار لغواً م: (**لأنه قصد إثبات الحرية جزاء**) ش: يعني من حيث الجزاء .

م: (**وهي**) ش: أي الحرية م: (**قوة حكمية تظهر في دفع تسلط الغير عليه و لا تثبت**) ش: أي القوة الحكمية م: (**في الميت**) ش: لأنه ليس بأهل لذلك م: (**فيتقيد**) ش: أي الولد م: (**بوصف الحياة فصار كما إذا قال إذا ولدت ولداً حيًا**) ش: فولدت ولداً حيًا ولم يوجد .

م: (**بخلاف جزاء الطلاق**) ش: في قوله لامرأته : إن ولدت ولداً فأنت طالق فولدت ولداً يقع الطلاق م: (**وحرية الأم**) ش: في قوله لأمته إذا ولدت ولداً فأنت حرة فولدت ولداً ميتًا يقع العتق م: (**لأنه**) ش: أي لأن كل واحد من جزاء الطلاق وحرية الأم م: (**لا يصلح مقيداً**) ش: للحياة لاستغنائهما عن حياة الولد .

ولهذا إذا وضعت الولد بالموت صريحًا ، وعلق الطلاق وحرية الأم ، وبه قال إذا ولدت ولداً ميتًا فأنت طالق ، أو قال فأنت حرة ، كان صحيحًا .

م: (**وإذا قال أول عبد أشتريه فهو حر فاشترى عبداً عتق ، لأن الأول اسم لفرد سابق**) ش: لا يشاركه غيره فيه ، فالذي اشتراه فرد سابق فيعتق م: (**فإن اشترى عبدين معاً**) ش: يعني بصفة واحدة م: (**ثم آخر**) ش: يعني ثم اشترى عبداً آخر م: (**لم يعتق واحد منهم ، لانعدام التفرد في الأولين**) ش: أي في العبدين الأولين م: (**والسبق**) ش: أي ولانعدام السبق م: (**في الثالث**) ش: أي في العبد الثالث م: (**فانعدمت الأولية**) ش: يعني لم توجد .

م: (**وإن قال : أول عبد أشتريه وحده فهو حر عتق الثالث لأنه يراد به التفرد في حالة الشراء ، لأن وحده للحال لغة**) ش: أي حال كونه وحده ، وفي قوله : لغة نظر ، لأن وحده حال من جهة

والثالث سابق في هذا الوصف ، وإن قال آخر عبد اشتريته فهو حر فاشترى عبداً ومات لم يعتق لأن الآخر فرد لاحق ولا سابق له ، فلا يكون لاحقًا ، ولو اشترى عبداً ثم عبداً ثم مات عتق الآخر لأنه فرد لاحق فاتصف بالآخرية ، ويعتق يوم اشتراه وعند أبي حنيفة - رحمه الله - حتى يعتبر من جميع المال ، وقال يعتق يوم مات حتى يعتبر من الثلث ، لأن الآخرية لا تثبت إلا بعدم شراء غيره بعده وذلك يتحقق بالموت ، فكان الشرط متحققًا عند الموت ، فيقتصر عليه .ولأبي حنيفة - رحمه الله - أن الموت معرف ، فأما اتصافه بالآخرية من وقت الشراء فيثبت مستنداً ،

الإعراب لا من جهة اللغة .

م: (**والثالث**) ش: أي العبد الثالث م: (**سابق في هذا الوصف**) ش: **لأنه هو التوحد في الشراء** بخلاف قوله أول عبد أشتريه واحداً فاشترى عبدين ثم آخر لا يعتق واحد منهم لانعدام الأولية .

لأن العبدين ليسا بفرد ليس بسابق ، والفرق بين قوله وحده ، وبين قوله واحداً أن الواحد يقتضي الانفراد في الذات ، ووحده يقتضي الانفراد في الفعل المقرون به ، ألا ترى أنه لو قال في الدار رجل واحد كان صادقًا إذا كان معه صبي أو امرأة بخلاف ما إذا قال في الدار رجل وحده [كان] كاذبًا إذا كان معه صبي أو امرأة .

م: (**وإن قال : آخر عبد اشتريته فهو حر فاشترى عبداً ثم مات**) ش: أي المولى م: (**لم يعتق ، لأن الآخر فرد لاحق ولا سابق له ، فلا يكون لاحقًا**) ش: فلا يعتق لعدم الشرط ، ولأنه أول فلا يكون آخرًا ، لأنه ليس من صفات المخلوقين أن يكون الواحد أولاً وآخراً ، وإنما هو من صفات الباري عز وجل .

م: (**ولو اشترى عبداً ثم عبداً**) ش: أي ثم اشترى عبداً آخر م: (**ثم مات عتق الآخر ، لأنه فرد لاحق ، فاتصف بالآخرية ويعتق يوم اشتراه . وعند أبي حنيفة -رحمه الله- حتى يعتبر من جميع المال**) ش: إذا كان الشراء في وقت الصحة م: (**وقالا : يعتق يوم مات حتى يعتبر من الثلث ، لأن الآخرية لا تثبت إلا بعدم شراء غيره بعده وذلك**) ش: أي عدم شراء غيره م: (**يتحقق بالموت**) ش: أي بموت المولي م: (**فكان الشرط متحققًا عند الموت ، فيقتصر عليه**) ش: أي فيقتصر العتق على زمان الموت ، فيعتق قبيل الموت بلا فصل .

م: (**ولأبي حنيفة -رحمه الله- أن الموت معرف**) ش: أي غير شرط له يعرف أن العبد الثاني هو آخر عبد اشتراه م: (**فأما اتصافه بالآخرية من وقت الشراء**) ش: يعني هذه الصفة حصلت له من وقت الشراء ، إلا أن هذه الصفة تعرض للزوال بأن يشترى غيره بعده .

فإذا مات ولم يشتر لم يوجد ما يبطلها م: (**فيثبت**) ش: أي العتق م: (**مستنداً**) ش: إلى وقت كان آخراً من وقت الشراء.

وعلى هذا الخلاف تـعليق الطلقات الثـلاث به ، وفائدته تظهر في حـرمان الإرث وعـدمه . ومن قال:كل عبد بشـرني بولادة فلانة فهو حر فبـشره ثلاثة متفرقين عتق الأول لأن البـشارة اسم لخبر يغيـر بشرة الوجـه ، ويشتـرط كونه ساراً بالعـرف ، وهذا إنما يتحـقق من الأول ، وإن بشروه مـعًا عتقوا ؛لأنها تحققت من الكل ، ولو قال : إن اشتريت فلانًا فهو حر فاشتراه ينوي به كفارة يمينه لم يجزئه ، لأن الشرط قران النية بعلة العتق وهي اليمين ، فأما الشراء فشرطه

م: (**وعلى هذا الخلاف**) ش: المذكور م: (**تعليق الطلقات الثلاثة به**) ش: أي بوصف الآخرية أو بلفظ الآخر بأن قال آخر امرأة تزوجها فهي طالق ثلاثًا فتزوج امرأة ثم امرأة ثم مات تطلق الثانية من حين تزوجها ولا ترث ، وعندهما تطلق في آخر حياة الزوج ، ويصير الزوج فاراً فترث المرأة، وأشار إليه بقوله م: (**وفائدته**) ش: أي فائدة الخلاف المذكور م: (**تظهر في حـرمان الإرث**) ش: أي من الزوج م: (**وعدمه**) ش: أي وعدم الحرمان ، وقد مر بيانه .

م: (**ومن قال : كـل عبد بشـرني بولادة فلانة فـهو حـر ، فبشـره ثلاثة**) ش: أي ثلاثة عبيد حال كونهم م: (**متفرقين عتق الأول**) ش: أي العبد الأول م: (**لأن البشارة اسم لخبر يتغير بشرة الوجه**) ش: من السرور . فالحاصل أن البشارة اسم لخبر غائب عن المخبر علمه ، وقد يكون بالشر ، وقد يكون بالخير ، لأنه في العرف مستعمل فيما بينه وبين الخبرية ، ويتحقق من واحد وأكثر بأن أخبروه في هذه المسألة مجتمعين عتقوا ، لأن البشارة حصلت منهم ، وإن أخبروه متفرقين عتق الأول خاصة م: (**ويشترط كونه ساراً**) ش: أي كون هذا الخبر ساراً م: (**في العرف**) ش: لما ذكرنا أنه يستعمل في الخير والشر .

م: (**وهذا**) ش: أي كون هذا الخبر ساراً يغير به بشرة الوجه م: (**إنما يتحقق من الأول**) ش: أي العبد الأول ، لأن الثاني أخره لما كان معلومًا عنده ، فلا تتغير به عندهما م: (**ولو بشروه معًا**) ش: يعني مجتمعين م: (**عتـقوا**) ش: جميعًا م: (**لأنهـا**) ش: أي لأن البـشـارة على الوجـه المذكـور م: (**تحققت من الكل**) ش: فيعتق الكل وقد ذكرناه .

م: (**ولو قـال : إن اشتـريت فلانًا فـهو حـر فاشـتراه ينوي به كـفارة يمينه لم يجـزئه**) ش: أي عـن الكفارة م: (**لأن الشـرط**) ش: أي شرط الخروج عن عهـدة التكفير م: (**قـران النيـة**) ش: أي نيـة التكفير م: (**بعلة العتـق وهو اليمين**) ش: سـمي جزاء اليمين ، وهو قـوله أنت حر يمينًا ، لأن الجزاء معظم اليمين ، إذ اليمين تختلف باختلاف الأجزية ، يقال يمين الطلاق ويمين العتاق .

وإنما ذكر الضمير في قوله وهو اليمين باعتبار المذكور والأصل وهو اليمين ، وكذا هو في بعض النسخ ، وهي اليمين ولـم يوجد منه التكفير وقت يمينه ، لأن الكلام فـيه م: (**وأما الـشراء فشرطه**) ش: أي شرط العتق ، ولا أثر للشرط في العتق ، فيكون معتقًا بيمينه ولـم يقرن نية الكفارة بها ، حتى لو اقترنت جاز ، كذا في «المبسوط» .

وإن اشترى أباه ينوي عن كفارة يمينه أجزأه عندنا ، خلافًا لزفر والشافعي - رحمهما الله - . لهما أن الشراء شرط العتق ، فأما العلة فهي القرابة ، وهذا لأن الشراء إثبات الملك والإعتاق إزالته ، وبينهما منافاة ، ولنا أن شراء القريب إعتاق لقوله عليه السلام لن يجزي ولد والده إلا أن يجده مملوكًا فيشتريه فيعتقه جعل نفس الشراء إعتاقًا ، لأنه لا يشترط غيره ، فصار نظير قوله سقاه فأرواه

حاصله أن نية الكفارة لم تقترن بعلة العتق ، بل اقترنت بشرط العتق ، وليس للشرط أثر في إيجاب العتق ، لأن العتق يثبت بقول سابق ، وهو قوله فهو حر نصًا ، كأنه قال : عبدي حر ثم نوى عن كفارة يمينه لا يجوز ، فكذا هو .

م: (**ومن اشترى أباه نوى عن كفارة يمينه أجزأه عندنا ، خلافًا لزفر والشافعي -رحمهما الله-**)
ش: وبه قال مالك - رحمه الله - وأحمد - رحمه الله - ، وهو قول أبي حنيفة - رحمه الله - أولاً .

م: (**ولهما**) ش: أي زفر والشافعي - رحمهما الله - م: (**أن الشراء شرط الإعتاق ، وأما العلة فهي القرابة**) ش: المتقدمة ، فصار كعتقه يمين متقدمة ، وإنما اقترنت النية بالشراء الذي هو الشرط لا بالعلة . والدليل على أن استحقاق العتق بالقرابة أن أحد الشريكين إذا ادعى نسبة فضمن شريكه نصيبه كما لو أعتقه م: (**وهذا**) ش: أي كون الشراء شرطًا لا علة م: (**لأن الشرط إثبات الملك**) ش: وهو ظاهر م: (**والإعتاق إزالته**) ش: لأنه ليس بإثبات للملك م: (**وبينهما منافاة**) ش: فلا يكون الشراء إعتاقًا .

م: (**ولنا أن شراء القريب إعتاقه لقوله عليه السلام**) ش: أي لقول النبي ﷺ م: (**لن يجزي ولد والده إلا أن يجده مملوكًا فيشتريه فيعتقه**) ش: هذا الحديث أخرجه الجماعة غير البخاري كلهم عن سهيل بن أبي صالح عن أبيه عن أبي هريرة -رضي الله عنه - قال : قال رسول الله ﷺ : « **ولا يجزي ولد** .... » الحديث .

م: (**جعل نفس الشراء إعتاقًا**) ش: أي الحديث أو الشارع بعين الشراء إنما قالا : محال م: (**لأنه لا يشترط**) ش: أي في الحديث م: (**غيره**) ش: أي غير الشراء بالإجماع ، فلا يحتاج إلى إعانة آخر ومثله وارد في كلام العرب ، أشار إليه بقوله : م: (**وصار نظير قوله : سقاه فأرواه**) ش: أي بالنفي نفسه ، وكذا يقال ضربه فأوجعه ، أي نفس الضرب . وقال الأكمل : قوله سقاه فأرواه ، جواب عما يقال عطف الإعتاق على الشراء بألف ، وهو يقتضي الذي بزمان ، وإن عطف فلا يكون نفسه .

ووجهه أن الفعل إذا عطف على فعل آخر بألف كان الثاني ثابتًا بالأول في كلام العرب ،

ولو اشترى أم ولده لم يجزئه ، ومعنى هذه المسألة أن يقول لأمة قد استولدها بالنكاح إن اشتريتك فأنت حرة عن كفارة يمين ، ثم اشتراها فإنها تعتق لوجود الشرط ، ولا يجزئه عن الكفارة ، لأن حريتها مستحقة بالاستيلاد ، فلا تضاف إلى اليمين من كل وجه

يقال ضربه فأوجعه وأطعمه فأشبعه ، وسقاه فأرواه أي بذلك الفعل لا بغيره ، وفيه بحسب وهو أن شراء القريب هل يثبت الملك للمشتري القريب أو لا ؟ ، فإن أثبته لا يزيله ، لأن المثبت بعينه لا يكون مزيدًا .

وإن لم يثبت لا يعتق عليه ، لأنه لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم لا يقال شراء القريب يثبت الملك ، لأن ثبوت الملك في القريب إعتاق بواسطة موجبة ، وهو ثبوت الملك ، لأنه أسند استحالته لأنه يلزم أن يكون مثلث الشيء ، ونفي ثبوته إزالة له .

والجواب أن قولهم : ثبوت الملك في القريب إعتاق معناه أن الشرع أخرج القريب عن محلية الملك بقاء ، كما أنه أخرج الحر عن محليته ابتداء وبقاء ، وهذا لأن العتق لا يقع إلا في الملك . فلو لم يقل بثبوت الملك ابتداء لم يتصور زواله .

ثم إن المصنف قال : ومن اشترى أباه ، وكذا الحكم إذا اشترى أخاه ، وكذلك على الخلاف المذكور إذا وهب له أبوه أو تصدق به عليه أو أوصى له به ، وهو نوى عن كفارته كذا ذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في شرح «الكافي» .

ولو ورث أباه ينوي به الكفارة لا يجزئه هذا الميراث يدخل في ملك الوارث بدون صنعه واختياره . والتكفير يتأدى بالتجويز الذي هو صفة . وفي الهبة والصدقة والوصية تحصيل صنعه وهو القبول .

م: (**ولو اشترى أم ولده ولم يجزئه**) ش: عن الكفارة م: (**ومعنى هذه المسألة**) ش: وهي من مسائل «الجامع الصغير» م: (**أن يقول لأمة قد استولدها بالنكاح : إن اشتريتك فأنت حرة عن كفارة يميني فاشتراها فإنها تعتق لوجود الشرط**) ش: وهو الشراء م: (**ولا يجزئه عن الكفارة ، لأن حريتها مستحقة بالاستيلاد ، فلا تضاف إلى اليمين من كل وجه**) ش: لأن الموجب باليمين ما يستحق حريتها من كل وجه ، وهو معنى قوله فلا تضاف أي الحرية إلى اليمين من كل وجه . ولقائل أن يقول القريب مستحق للعتق بالشراء كما أن أم الولد مستحقة له بالاستيلاد ، فما بالها لم تعتق إذا اشتراها بنية الكفارة بعد التعليق كما عتق القريب . والجواب أن الاستيلاد فعل اختياري من جهة المستولد ، فكانت الحرية من جهتين ، جهة الاستيلاد والشراء ، فلم يقع عن الكفارة من كل وجه ، بخلاف القرابة فإنها ليست كذلك ، فلم يكن من جهة القريب في حريته سوى الشراء . فإذا اشتراه ناويًا بالكفارة كانت الحرية عن الكفارة من كل وجه .

بخلاف ما إذا قال لأمة إن اشتريتك فأنت حرة عن كفارة يميني حيث يجزيه عنها إذا اشتراها ، لأن حريتها غير مستحقة بجهة أخرى فلم تختل الإضافة إلى اليمين وقد قارنته النية ، ومن قال : إن تسريت جارية فهي حرة فتسرى جارية كانت في ملكه عتقت ، لأن اليمين انعقدت في حقها لمصادقتها الملك ، وهذا لأن الجارية منكرة في هذا الشرط ، فيتناول كل جارية على الانفراد ، وإن اشترى جارية فتسرى بها لم تعتق بهذه اليمين ، خلافًا لزفر - رحمه الله - فإنه يقول التسري لا يصح إلا في الملك ، فكان ذكره ذكر الملك ، فصار كما إذا قال لأجنبية إن طلقتك فعبدي حر

م: (**بخلاف ما إذا قال لأمة**) ش: وفي بعض النسخ لقنة م: (**إن اشتريتك فأنت حرة عن كفارة يمين حيث يجزئه عنها**) ش: أي عن كفارة يمين م: (**إذا اشتراها ، لأن حريتها غير مستحقة بجهة أخرى**) ش: وإنما هي بالشراء م: (**فلم تختل الإضافة إلى اليمين**) ش: أي إضافة الحرية إلى اليمين لم تنحل لعدم استحقاقه القنية الحرية م: (**وقد قارنته النية**) ش: أي والحال أن نية الكفارة قارنت الشراء .

م: (**ومن قال : إن تسريت جارية فهي حرة فتسرى جارية كانت في ملكه عتقت ، لأن اليمين انعقدت في حقها لمصادقتها الملك**) ش: وكل من انعقد في حقه اليمين إذا وجد الشرط فيه يترتب على الجزاء . واعلم أن معنى تسريت اتخذت سرية وهي فعلية منسوبة إلى السر ، وهو الجماع أو الخفاء إلى الدهر دهري بالضم ، وإلى الأرض السهلة سهيلي . وقال الكاكي - رحمه الله - : تسرى معنى لغوي وشرعي أما في اللغة فالتسري مأخوذ من السرية واحدة السرايا ، وهي الأمة التي يبوء لها بيت وكان الأخفش يقول : إنها مشتقة من السرور ، لأنه لوثها ، يقال تمر تسرت وتسريت أيضًا كما يقال بطست وبطن قلبت أحد النونين ياء . وقيل السرية مأخوذة من السرى وهو السيد ، لأنه إذا اتخذها سرية فقد جعلها سيدة الجواري .

وأما في الشرع فالتسري عبارة عن التحصين من الوطء ، وبه قال الشافعي -رحمه الله - في وجه . وقال في وجه الوطء مع الإنزال والتحصين . وقال في وجه : يكفي الوطء ، وبه قال أحمد - رحمه الله - . وقال أبو يوسف - رحمه الله- : يشترط مع الوطء طلب الولد ، حتى لو وطئها وعزل عنها لا تكون بسرية عنده، وعندهما السري عبارة عن أن يبوئها بيتًا ويحصنها ، وإن لم يطلب ولدها .

م: (**وهذا**) ش: توضيح لانعقاد اليمين في حقها م: (**لأن الجارية منكرة في هذا الشرط ، فيتناول كل جارية على الانفراد**) ش: لأن النكرة وقعت في موضع النفي فعمت .

م: (**وإن اشترى جارية فتسرى بها لم تعتق ، خلافًا لزفر -رحمه الله-**) ش: فعنده تعتق في الحالين م: (**فإنه**) ش: أي فإن زفر - رحمه الله - م: (**يقول : التسري لا يصح إلا في الملك، فكان ذكره ذكر الملك لا يصح إلا به ، وصار كما إذا قال لأجنبية: إن طلقتك فعبدي حر ، يصير**

يصير التـزوج مذكورًا . ولنا أن الملك يصيـر مذكورًا ضرورة صحـة التسري ، وهو شرط فيـتقدر بقدره ، فلا يظهر في حق صحة الجزاء ، وهو الحرية ، وفي مسألة الطلاق إنما يظهر في حق الشرط دون الجزاء، حتى لو قـال لها إن طلقتك فأنت طالق ثلاثًا فـتزوجها وطلقهـا واحدة لا تطلق ثلاثًا فهـذه وزان مسألتنا . ومن قال :كل مملوك لـي حر تعتق أمهـات أولاده ومدبروه وعبيـده لوجود الإضافة المطلقة في هؤلاء

التزوج مذكورًا) ش: دلالة ، لأن الطلاق يصـرف فلا يصح بدون متابعة النكاح ، فكأنه قال : إن نكحتك وطلقتك فعبدي حر .

فإن قيل : هذا قول بالاقتضاء ، وزفر - رحمه الله - لا يقول باقتضاء يحتاج فيه إلى التكفير بخلاف الدالة ، فإن الثابت بها يفهم ، ولهذا عند فلان سرية يفهم منه في أول الوهلة أن عنده جارية موطوءة ، فلا يرد عليه السؤال .

م: (**ولنا أن الملك يصير مـذكورًا ضرورة صحة التسري ، وهو شرط**) ش: أي التسري شرط م: (**فيتقدر بقدره**) ش: أي يتقدر الملك بقدر الضرورة ، وكذا الضمير الراجع إلى الضرورة بالذكر على تأويل الاضطرار م: (**فلا يظهـر في حق صحة الجـزاء، وهو الحرية**) ش: فلم يصح اليمين في حق الأمة المشتراة م: (**وفي مسألة الطلاق**) ش: جواب عن قوله كما إذا قال لأجنبية ، تقريره أن في مسألة الطلاق ، وهي إذا قال لأجنبية : إن طلقتك فعبدي حر م: (**إنما يظهر**) ش: أي إنما يظهـر ملك النكاح .

م: (**في حق الشرط**) ش: يعني في حق الطلاق الذي هو شرط م: (**دون الجزاء**) ش: يعني لا يظهر في حق الجزاء م: (**حتى لو قال لها**) ش: أي لأجنبية م: (**إن طلقتك فأنت طالق ثلاثًا فـتزوجها وطلقها**) ش: يعني واحـدة م: (**لا تطلـق ثلاثة**) ش: لأن ملك النكاح ثبت اقتضـاء ضرورة صحة **الشرط** . فلم يظهر في حق صحة الجزاء .

م: (**فهـذه وزان مسـألتنا**) ش: أي هذه المسألة وهي قوله إن طلقتك فـأنت طالق فـتزوجـهـا وطلقها لا تطلق ثلاثًا نظير مسألتنا ، وهي قوله : إن سريت جارية فهي حرة ، لأن في كل منهما لم يظهر الملك الثابت ضرورة في حق صحة الجزاء ، ونظير مسألة زفر -رحمه الله - وهي قوله لأجنبية : إن طلقتك فعبدي حر ، أي إذا قال : لا تسريت جارية فعبدي حر فتسراها فشراها يعتق العبد ، كما إذا تزوجها فطلقها يعتق العبد ، لأن **الملك** قائم في العبد في الحال في الصورتين جميعًا .

فالحاصل أن الملك وقع شرطًا للشرط الذي هو الطلاق والسرى ، فلا يكون بشرط الشرط شرطًا للجزاء . م: (**ومن قال كل مملوك لي حـر يعتق أمهـات أولاده ومدبروه وعبـيده لوجود الإضـافة المطلقة في هؤلاء**) ش: يعني أن كل واحد من هؤلاء بالإضافة إلى نفسه بقوله لي كامل .

إذ الملك ثابت فيهم رقبة ويداً ولا يعتق مكاتبوه إلا أن ينويهم ، لأن الملك غير ثابت يداً ، ولهذا لا يملك اكتسابه ولا يحل له وطء المكاتبة ، بخلاف أم الولد والمدبرة ، فاختلت الإضافة فلا بد من النية . ومن قال لنسوة له هذه طالق أو هذه وهذه طلقت الأخيرة ، وله الخيار في الأولين لأن كلمة أو لإثبات أحد المذكورين ، وقد أدخلها بين الأولين ، ثم عطف الثالثة على المطلقة ، لأن العطف للمشاركة في الحكم ، فيختص بمحل ، فصار كما إذا قال إحداكما طالق وهذه ، وكذا إذا قال لعبد له هذا حر أو هذا وهذا عتق الأخير ، وله الخيار في الأولين لما بينا ، والله أعلم بالصواب .

م: (**إذ الملك ثابت فيهم رقبة ويداً**) ش: فإذا كان كذلك دخلوا بحيث كل فيعتقون م: (**ولا يعتق مكاتبوه إلا أن ينويهم ، لأن الملك غير ثابت يداً ، ولهذا لا يملك اكتسابه**) ش: أي اكتساب المكاتب م: (**ولا يحل له وطء المكاتبة**) ش: فكان المكاتب مملوكًا من وجه دون وجه م: (**بخلاف أم الولد والمدبرة فاختلت الإضافة**) ش: أي إضافة الملك إلى المكاتب . م: (**فلا بد من النية**) ش: فإذا نوى عملت بنيته وكذا معتق البعض لا يعتق إلا بالنية .

وفي «المبسوط »ولو نوى بقوله كل مملوك لي الرجال دون النساء يصدق ديانة لا قضاء ، لأنه نوى التخصيص بوصف ليس في لفظه ، ولا عموم لا لفظ له ، فلا يعمل بنيته ، بخلاف الرجال ، لأن لفظ المملوك للرجال حقيقة دون النساء ، ويقال : للأنثى مملوكة ، وليس عند الاختلاط مستعمل لهما المملوكة عادة ولو نوى الذكر فقد نوى حقيقة كلامه ولكنه خلاف الظاهر ، فلا يصدق قضاء ويصدق ديانة . ولهذا لو نوى النساء وحدها لا يصدق، ديانة ولا قضاء . ولو قال لم أنو المدبر لم يصدق قضاء وديانة . وفي رواية يصدق ديانة .

م: (**ومن قال لنسوة له : هذه طالق أو هذه وهذه طلقت الأخيرة ، وله الخيار في الأولين**) ش: أي في تعيين إحداهما م: (**لأن أو لإثبات أحد المذكورين**) ش: أي لإحدى الأوليين م: (**وقد أدخلها بين الأولين ثم عطف الثالثة على المطلقة لأن العطف للمشاركة في الحكم ، فيختص بمحله**) ش: أي يختص العطف محل الحكم ، ومحل الحكم المطلقة من إحدى الأوليين ، فكانت الثالثة طالقًا ، لأن الواو تقتضي الاشتراك في الحكم ، والحكم هذا هو الطلاق م: (**فصار كما إذا قال : إحداكما طالق وهذه ، وكذا إن قال لعبد له هذا حر أو هذا وهذا عتق الأخير ، وله الخيار في الأولين**) ش: أي في تعيين أحد العبدين الأولين . وأما الآخر فيعتق بلا شك .

فإن قلت : لم لا يكون الشك في المرأة الثالثة أيضًا ، لأن الواو للجمع ، وقد جمع الثالثة مع الثانية ، وفي الثانية شك فينبغي أن يقع الشك في الثالثة ، ولهذا قال زفر -رحمه الله - : [. . .]، ويخير بين أن يوقع على الأولى أو على الأخريين ، كما إذا قال : هذه طالق أو هاتان ، ذكر قولهما في« جامع السغناقي» .

....

قلت : نعم إنها للجميع لكنه ذكر الثالثة بعد وقوع الطلاق على أحد الأولين غير عين فاقتضت الجمع بين طلاق الثالثة وبين طلاق إحدى الأولين ، فصارت الثالثة مرادة بإيجاب الطلاق .

وكذا العبد الثالث، فكأنه قال : إحداكما طالق . وقال الحاكم الشهيد - رحمه الله - في «الكافي» إذا قال : أنت طالق وفلانة فالأولى طالق ،والخيار في الأخريين .

فإن قلت : العطف كما يصح على من وقع عليه الحكم يصح أيضًا على من لم يقع عليه الحكم ، والأصل عدم الحكم ،فيعطف على من يقع عليه الحكم ، كما في قوله والله لا أكلم فلانًا أو فلانًا ، فإنه إن كلم الأول حنث ، وإن كلم أحد الآخرين لم يحنث حتى كلمهما ، ويكون الثالث معطوفًا على الثاني الذي لم يقع عليه الحكم منفردًا . وهذا لأن الجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع ، فصار كأنه قال: هذه طالق أو هاتان ، فحينئذ كان هو مخيرًا في الطلاق والعتاق إن شاء أوقع على الأولى ، وإن شاء أوقع على الأخريين .

قلت : أجيب بأن هذا الذي ذكرته هو رواية ابن سماعة - رحمه الله - عن محمد - رحمه الله - ، فأما الذي ذكره في الكتب فهو ظاهر الرواية والعرف بين ظاهر الرواية في الطلاق والعتاق، وبين قوله : والله لا أكلم فلانًا أو فلانًا وفلانًا في أن الثالث معطوف على الثاني الذي لم يقع عليه الحكم ، وهو مسألة الجامع هو أن كلمة «أو» إذا دخلت بين شيئين يتناول أحدهما ، فإذا عطف الثالث على إحداهما صار كأنه قال أحدكما طالق وهذه ، ولو عطف على هذا كان الحكم ما قلنا .

أما في مسائل الجامع فالموضع موضع الشيء لا يعم ، كما في قوله تعالى ﴿ **ولا تطع منهم آثمًا أو كفورًا** ﴾ (الإنسان : الآية ٢٤) . ، فصار كأنه قال والله لا أكلم فلانًا ولا فلانًا ، فلما ذكر الثالث بحرف الواو صار كأنه قال ولا هذين . ولو قضى على هذا كان الحكم هكذا فكذا هذا .

* * *

باب اليمين في البيع والشراء والتزوج وغير ذلك

ومن حلف لا يبيع أو لا يشتري أو لا يؤاجر فوكل من فعل ذلك لم يحنث لأن العقد وجد من العاقد ، حتى كانت الحقوق عليه ، ولهذا لو كان العاقد هو الحالف يحنث في يمينه ، فلم يوجد ما هو الشرط وهو العقد من الآمر ، وإنما الثابت لـه حكم العقد ، إلا أن ينوي ذلك ، لأن فيه تشديداً أو يكون الحالف ذا سلطان لا يتولى العقد بنفسه ، لأنه يمنع نفسه عما يعتاده

م: **(باب اليمين في البيع والشراء والتزوج وغير ذلك)**

ش: أي هذا باب في بيان أحكام اليمين إلى آخره . قوله : وغير ذلك . أي في الطلاق والعتاق والضرب ، كما إذا قال : لا يطلق ولا يعتق ولا يضرب فأمر غيره بذلك، وسيجيء بيانه إن شاء الله تعالى .

ولما كانت التصرفات في الأيمان في هذه الأشياء أكثر وقوعًا بالنسبة إلى اليمين في الحج والصلاة والصوم ، قدم هذا الباب على باب اليمين في الحج .

م: **(ومن حلف لا يبيع ولا يشتري أو لا يؤاجر فوكل من فعل ذلك لم يحنث)** ش: وبه قال الشافعي - رحمه الله - في الأظهر . وقال مالك وأحمد - رحمهما الله -: يحنث، لأن الفعل يطلق على الموكل بالأمر يصير كأنه فعله بنفسه ، كما لو حلف لا يحلق رأسه فأمر غيره بحلقه يحنث م: **(لأن العقد وجد من العاقد حتى كانت الحقوق عليه)** ش: أي على الوكيل والحقوق مثل تسليم المبيع ، فإذا كان بائعًا قبضه إذا كان مشتريًا ، وقبض الثمن إذا كان بائعًا والرجوع على البائع عند ظهور الاستحقاق والخصومة في العيب .

م: **(ولهذا)** ش: أي ولكون عدم الحنث عند وجود العقد من غير الحالف م: **(لو كان العاقد هو الحالف يحنث في يمينه)** ش: لوجود الشرط الذي هو العقد منه ، وقوله م: **(فلم يوجد ما هو الشرط وهو العقد من الآمر)** ش: من تتمة تعليل قوله لم يحنث ، لأن شرط الحنث وهو عقد الحالف على هذه الأشياء لم يوجد منه ، وإنما وجد من المأمور م: **(وإنما الثابت له حكم العقد)** ش: هذا جواب عما قال الخصم إن هذا العقد ثابت له لا للآمر ، وتقريره أن الثابت للآمر حكم العقد وهو الملك .

م: **(إلا أن ينوي ذلك)** ش: قوله : لم يحنث ، أي إلا إن نوى الحالف أن لا يأمر غيره أيضًا ، فحينئذ يحنث م: **(لأن فيه تشديدًا)** ش: أو تغليظًا عليه م: **(أو يكون الحالف ذا سلطان)** ش: أي ذا شوكة م: **(لا يتولى العقد بنفسه ، لأنه يمنع نفسه عما يعتاده)** ش: أي لأن ذا سلطان كالقاضي ونحوه إذا منع نفسه عن الفعل يمنعها بما هو عادة له في ذلك الفعل ، فإذا حلف لا يبيع ولا يشتري فكأنه قال لا آمر بالبيع ولا آمر بالشراء ، بدلالة الحال فيحنث في يمينه بفعل المأمور .

واعلم : أن الضابط في هذه التصرفات لأصحابنا فيما يحنث بفعل المأمور ، وفيما لا يحنث

ومن حلف لا يتزوج أو لا يطلق أو لا يعتق فوكل بذلك حنث ؛ لأن الوكيل في هذا سفير ومعبر ، ولهذا لا يضيفه إلى نفسه بل إلى الآمر وحقوق العقد ترجع إلى الآمر لا إليه

شيئان ، أحدهما أن كل فعل يرجع الحقوق فيه إلى المباشرة ، فالحالف لا يحنث لمباشرة المأمور ، وهو الذي ذكره المصنف - رحمه الله - بقوله : ومن حلف لا يبيع . . . إلى آخره . وذكر ثلاثة أشياء البيع والشراء والإجارة .

وفي هذا الباب التزويج والاستجارة والصلح عن مال القسمة والخصومة وضرب الولد . والثاني هو الذي لا يتعلق الحقوق بالمباشرة ، بل بالآمر ، ولم يكن له حقوق ، فحينئذ يكون فعل المأمور كفعل الآمر ، وهو الذي أشار إليه بقوله :

م: (**ومن حلف لا يتزوج أو لا يطلق أو لا يعتق**) ش: وذكر ثلاثة أشياء في هذا القسم ، ومن هذا الباب المكاتبة والصلح عن دم العمد والهبة والصدقة والقرض والاستقراض وضرب الولد والريح والبناء والخياطة والإبداع والاستبداع والإعارة والاستعارة وقضاء الدين والقبض والكسوة والحمل وأحد الثلاثة التي ذكرها التزويج ، فإنه إذا حلف لا يتزوج م: (**فوكل بذلك حنث**) ش: وقال في «نوادر هشام» - رحمه الله - : إذا زوجه غيره امرأة بغير إذن الحالف ثم إن الحالف أجازه .

قال محمد - رحمه الله -: لا يحنث . وفي «مسائل أهل البصرة» فيما كتبوا إلى محمد بن الحسن - رحمه الله - إذا حلف لا أتزوج فوكل وكيلاً بالنكاح لا يحنث ، وهو خلاف الأصل ، كذا ذكر الناطفي - رحمه الله - في« الأجناس»، فوكل بذلك ، أي بكل واحد من التزوج والطلاق والعتاق يحنث .

وبه قال مالك وأحمد والشافعي - رحمه الله - في وجه ، ذكره في «تتمتهم» . وقال في «الوجيز» و«التنبيه» وأكثر كتبهم : لا يحنث لعدم الفعل منه ، ولهذا يصدق ما نكح فلان ، وإنما قيل له الوكيل في النكاح كما في البيع ونحوه ، وقلنا تحرم بالحنث .

م: (**لأن الوكيل في هذا سفير**) ش: قال في «المغرب » : السفير الرسول المصلح بين القوم ، ومنه الوكيل سفيراً م: (**ومعبر**) ش: من التعبير ، وهو الذي يعبر ، أي بغير الوكيل ، كما يقع بينه وبين الموكل من الآمر الذي وكله فيه .

م: (**ولهذا**) ش: أي ولكونه سفيراً معبراً م: (**لا يضيفه**) ش: أي لا يضيف الموكل إلى ما وكل فيه م: (**إلى نفسه ، بل إلى الآمر**) ش: أي بل يضيفه إلى الآمر وهو الموكل ، فصار كأن الموكل فعله بنفسه م: (**وحقوق العقد**) ش: أي في الأشياء الثلاثة المذكورة م: (**ترجع إلى الآمر**) ش: وهو الموكل م: (**لا إليه**) ش: أي لا ترجع الحقوق إلى المأمور ، وهو الوكيل والحقوق ظاهرة ، وهي وجوب

ولو قال : عنيت أن لا أتكلم به لم يدين في القضاء خاصة ، وسنشير إلى المعنى في الفرق إن شاء الله تعالى . ولو حلف لا يضرب عبده أو لا يذبح شاته فأمر غيره ففعل يحنث في يمينه ؛ لأن المالك له ولاية ضرب عبده وذبح شاته فيملك تولية غيره ، ثم منفعته راجعة إلى الآمر ، فيجعل هو مباشرًا إذ لا حقوق له يرجع إلى المأمور ، ولو قال : عنيت أن لا أتولى ذلك بنفسي دين في القضاء ، بخلاف ما تقدم من الطلاق وغيره . ووجه الفرق أن الطلاق ليس إلا تكلم بكلام يفضي إلى وقوع الطلاق عليها ، والآمر بذلك مثل التكلم به ، واللفظ ينتظمهما فإذا نوى التكلم به فقد نوى الخصوص في العام فيدين ديانة لا قضاء.

المهر في التزوج ووقوع الطلاق ووقوع العتاق .

م: (**ولو قال : عنيت أن لا أتكلم به**) ش: أي بلفظ التزوج والتطليق والإعتاق م: (**لم يدين**) ش: أي لم يصدق م: (**في القضاء**) ش: لأنه خلاف الظاهر ، وقيد بقوله م: (**خاصة**) ش: لأنه يصدق ديانة ، لأنه نوى شيئًا يحتمله لفظه ، فصحت النية والله يعلم الباطن .م: (**وسنشير إلى المعنى في الفرق إن شاء الله تعالى**) ش: أراد به قوله في المتن ، ووجه الفرق كأن الطلاق ليس تكلم إلا بكلام يفضي إلى وقوع الطلاق عليها إلى آخر ما قال.

م: (**ولو حلف لا يضرب عبده أو لا يذبح شاته فأمر غيره ففعل يحنث في يمينه**) ش: وبه قال مالك وأحمد وعند الشافعي لا يحنث م: (**لأن المالك له ولاية ضرب عبده وذبح شاته فيملك تولية غيره ، ثم منفعته راجعة إلى الآمر فيجعل هو مباشرًا ، إذ لا حقوق له يرجع إلى المأمور**) ش: توضيحه أن الفعل ينبت إلى الآمر ليس فيه حقوق لا تتعلق بالمأمور ومنفعته تعود إلى الآمر ، لأن العبد يكون مؤتمرًا سفيرًا بأمر الموالي ، فكان فعل المأمور كفعل الآمر .

م: (**ولو قال**) ش: : أي الحالف المذكور م: (**عنيت أن لا أتولى ذلك بنفسي**) ش: أي قصدت أن لا أتولى ضرب العبد أو ذبح الشاة بنفسي م: (**دين في القضاء**) ش: قال الأترازي : - رحمه الله - صدق قضاء وديانة م: (**بخلاف ما تقدم من الطلاق وغيره**) ش: مثل النكاح والعتاق .

ثم أشار إلى الفرق بين الصورتين بقوله م: (**ووجه الفرق**) ش: وهذا هو الفرق الذي ذكر قبل هذا ، وبيان وجهه م: (**أن الطلاق ليس إلا تكلم بكلام يفضي إلى وقوع الطلاق عليها ، والآمر بذلك**) ش: أي بالطلاق والعتاق والنكاح م: (**مثل التكلم به ، واللفظ ينتظمهما**) ش: أي ينتظم التكلم بذلك والآمر بذلك ، لأن المأمور كالرسول ، ولسان الرسول كلسان المرسل بالإجماع ، فيكون التطليق بلسانه كالتطليق بنفسه .

فيكون ما سماه خلاف الظاهر ، وهو متهم فيه ، فلا يصدق قضاء ، وهو معنى قوله م: (**فإذا نوى التكلم به فقد نوى الخصوص في العام فيدين ديانة**) ش: أي يصدق فيما بينه وبين الله تعالى م: (**لا قضاء**) ش: أي لا يصدق في القضاء ، لأنه خلاف الظاهر كما ذكره .

أما الذبح والضرب ففعل حسي يعرف بأثره ، والنسبة إلى الآمر بالتسبيب مجازاً فإذا نوى الفعل بنفسه فقد نوى الحقيقة فيصدق ديانة وقضاء ، ومن حلف لا يضرب ولده فأمر إنسانًا فضربه لم يحنث في يمينه ؛ لأن منفعة ضرب الولد عائدة إليه وهو التأدب والتثقف فلم ينسب فعله إلى الآمر بخلاف الأمر بضرب العبد ، لأن منفعة الائتمار بأمره عائدة إلى الآمر، فيضاف الفعل إليه . ومن قال لغيره: إن بعت لك هذا الثوب فامرأته طالق فلبس المحلوف عليه ثوبه في ثياب الحالف فباعه ولم يعلم لم يحنث ، لأن حرف اللام دخل على البيع فيقتضي اختصاصه به ، وذلك بأن يفعله بأمره إذ البيع يجري فيه النيابة ولم يوجد

م: (**وأما الضرب**) ش: أي ضرب العبد م: (**والذبح**) ش: أي ذبح الشاة م: (**ففعل حسي يعرف بأثره**) ش: ولا يحتاج فيه إلى الآمر ، حتى يكون ضربًا أو ذبحًا م: (**والنسبة إلى الآمر**) ش: أي نسبة الفعل إلى الآمر م: (**بالتسبيب**) ش: أي سبيل التسبيب م: (**مجازاً ، فإذا نوى الفعل بنفسه فقد نوى الحقيقة ، فيصدق ، ديانة وقضاء**) ش: وإن كان في ذلك تخفيف له . وقيل ذكر القضاء في مسألة الضرب رواية في الطلاق ، لأنه في الموضعين إذا نوى المباشرة فقد نوى حقيقة كلامه فيصدق قضاء في الفصلين . و[به] قال الشافعي - رحمه الله - .

م: (**ومن حلف لا يضرب ولده فأمر إنسانًا فضربه ، لم يحنث في يمينه ، لأن منفعة ضرب الولد عائدة إليه**) ش: أي إلى الولد م: (**وهي**) ش: أي المنفعة المذكورة م: (**التأدب والتثقف**) ش: يقال ثقفت الرمح فتثقف ، أي سويته فاستوى .

حاصله أن يتأدب ويسلك الطرائق الحميدة، ويختار السير الصالحة ويتجنب الأفعال المستقبحة ويترك البزى والشهوة ، فذلك منفعة خالصة للولد ، وإن كان فيه منفعة للوالد أيضًا ها هنا فلم يجعل ضرب المأمور كضرب الآمر م: (**فلم ينسب فعله إلى الآمر . بخلاف الآمر بضرب العبد لأن منفعة الائتمار**) ش: أي الانقياد بأوامره والإطاعة للمولى عائدة إلى الآمر م: (**بأمره فيضاف الفعل إليه**) ش: أي إلى الآمر ، أي لأن ضرب المأمور كضرب المولى فيحنث بضرب المأمور.

م: (**ومن قال لغيره: إن بعت لك هذا الثوب فامرأته طالق ، فلبس المحلوف عليه ثوبه**) ش: أي أخفاه م: (**في ثياب الحالف فباعه**) ش: أي الحالف والحالف أنه لم يدر م: (**ولم يعلم لم يحنث ، لأن حرف اللام دخل على البيع فيقتضي اختصاصه به**) ش: أي يقتضي اختصاص الفعل بالمحلوف عليه م: (**وذلك بأن يفعله بأمره**) ش: سواء كان العين مالكية أو لا م: (**إذ البيع يجري فيه النيابة ولم يوجد**) ش: أي الآمر ، فلا يحنث ، لأن تقدير الكلام إن بعت ثوبًا يومًا بوكالتك أو بأمرك ولم يوجد .

والأصل في معرفة ذلك أن يعرف أن اللام قد تكون للتمليك نحو المال لزيد ، وقد تكون للتعليل نحو فعلت هذا لمرضاتك ، أي لأجل ابتغاء مرضاتك ، فلا يصرف لأحدهما إلا بوجود المرجح أو لتعذر صرفه إلى الآخر .

بخلاف ما إذا قال: إن بعت ثوبًا لك حيث يحنث إذا باع ثوبًا مملوكًا له ، سواء كان بأمره أو بغير أمره علم بذلك أو لم يعلم ، لأن حرف اللام دخل على العين لأنه أقرب إليه فيقتضي اختصاص العين به ، وذلك بأن يكون مملوكًا له . ونظيره الصياغة والخياطة

وهنا أصلان آخران :

أحدهما : أن تصحيح الكلام مع مراعاة النظم أولى من تصحيحه مع تغير نظامه .

والآخر : أن كل فعل يجري فيه الوكالة قد يفعله الفاعل تارة لنفسه وتارة لغيره ، وما يجوز فيه الوكالة لا يعمل لغيره فتتعين اللام فيه للملك ، ففي المسألة المذكورة لم يحنث ، لأن المعنى بعت لأجلك ولم يوجد البيع لأجل المحلوف عليه لعدم أمره .

م: (**بخلاف ما إذا قال : إن بعت ثوبًا لك حيث يحنث إذا باع ثوبًا مملوكًا له ، سواء كان بأمره أو بغير أمره علم بذلك أو لم يعلم ، لأن حرف اللام دخل على العين**) ش: أي تعلق به م: (**لأنه أقرب إليه فيقتضي اختصاص العين به**) ش: أي بالمحلوف عليه ، يعني لما كانت اللام مقرونة بالبيع ، والبيع من الأفعال التي تملك بالعقد اقتضت أن يكون البيع مختصًا بالمحلوف عليه بأن يقع فعل البيع للمحلوف عليه ووقوعه لزمان يتبعه بأمر المحلوف عليه ولم يوجد البيع بأمره ، فلا يحنث .

بخلاف ما إذا قال ثوبًا لك حيث يحنث إذا باعه بأمره أو بغير أمره ، ولا يشترط العلم بذلك ، لأن اللام لما قرنت بالعين وكانت أقرب إلى العين من الفعل اقتضت اختصاص العين بالمحلوف عليه ، والاختصاص بأن يكون العين ملك للمحلوف عليه .

م: (**وذلك بأن يكون مملوكًا له**) ش: أي الاختصاص بالمحلوف عليه ، بأن الثوب مملوكا له ، لأن اللام في هذه الصورة صارت العين ، فأوجب ملك العين لا ملك الفعل تقدير يمينه إن بعت ثوبًا هو مملوك ، فلو باع ثوبًا مملوكًا يحنث ، سواء علم به أو لا .

وفي الدخول ونحوه يقع اليمين على تلك العين ، سواء قدم اللام بأن قال : إن أكلت لك طعامًا أو شربت لك شرابًا ، أو آخر بأن قال : طعامًا لك أو شرابًا لك ، لأن هذا الفعل مما لا يملك بالعقد فوجب صرف اللام إلى مالك الفصل بالعقد ، وهو العين ، بخلاف الفصل الأول ، فإن كل واحد منها مما يملك بالعقد فرجحنا بالقرب ، فإن نوى غيره صدق قضاء فيما قيد تغليظًا عليه لا فيما فيه تحقيق .

فإن نوى من قوله : بعت لك : بعت ثوبًا لك ، وعلى العكس يصدق ديانة فيهما ، لأنه نوى ما يحتمله كلامه بتأخير اللام وتقديمه ، إذ اللام تحتملهما ولا يصدق قضاء فيما فيه تخفيف عليه .

م: (**ونظيره**) ش: أي نظير البيع م: (**الصياغة والخياطة**) ش: ونحوهما ، ذكرناه عن قريب م:

وكل ما يجري فيه النيابة ، بخلاف الأكل والشرب وضرب الغلام ؛ لأنه لا يحتمل النيابة فلا يفترق الحكم فيه في الوجهين . ومن قال : هذا العبد حر إن بعته فباعه على أنه بالخيار عتق لوجود الشرط ، وهو البيع والملك فيه قائم فينزل الجزاء

(**وكل ما يجري فيه النيابة**) ش: عطف على ما قبله وما يجري فيه النيابة نحو الكتابة والهبة والصدقة، وقد ذكرنا هذا القسم عن قريب عند ذكر التزوج والطلاق والعتاق .

م: (**بخلاف الأكل والشرب وضرب الغلام**) ش: صرح قاضي خان في «جامعه» بأن المراد بالغلام العبد ، لأن الضرب مما لا يملك بالعقد . وقال المرغيناني : المراد بالغلام الولد، وسمى الولد غلامًا ، وقال الله تعالى : ﴿ **إنا نبشرك بغلام اسمه يحيى** ﴾ (مريم : الآية ٧)، لأن ضرب العبد يحتمل الوكالة والنيابة ، وهذا هو الصواب . لأن ضرب العبد يحتمل النيابة كما ذكرنا ، ولهذا لو حلف أن يضرب عبده فأمر غيره بضربه حنث ، لأن المنفعة تعود إليه ، وقد ذكره المصنف قبل هذا .

وقال الأكمل : ومن الشارحين من وجه الأول . وقال تاج الشريعة - رحمه الله : قال الإمام الأستاذ ناقلاً عن أستاذه: أن المراد من الغلام العبد ، قال : وذكر بعد الشارحين صريحًا انتهى . وقال الأكمل : أجاب عن المسألة المذكورة ، أي أجاب الشارح الذي قال المراد من الغلام العبد بأن محمدًا لم يذكرها ، وهو مخالف لما ذكره المصنف وتخطية فإنه لا حقوق له ترجع إلى المأمور ، ومع ذلك جعل مما يحتمل النيابة .

م: (**لأنه**) ش: أي لأن كل واحد من هذه الأشياء الثلاثة م: (**لا يحتمل النيابة ، فلا يفترق الحكم فيه في الوجهين**) ش: أي لا يفترق حكم الحنث فيما لا يجزئ فيه النيابة كالأكل والشرب وضرب الغلام في الوجهين ، يعني إذا قدم اللام أو أخر .

فإن قلت : ضرب الغلام يجري فيه النيابة كما سبق أن من حلف لا يضرب عبده يحنث بضرب مأموره .

قلت : المراد من جريان النيابة بأنه تعلق بها حقوق يرجع الوكيل بما لحقه من العهدة على الموكل ، وهنا ليس لضرب العبد حقوق تلحق الوكيل يرجع بها على الموكل فافهم.

م: (**ومن قال : هذا العبد حر إن بعته فباعه على أنه بالخيار عتق لوجود الشرط وهو البيع ، والملك فيه قائم**) ش: لأن خياره يمنع خروج البيع عن ملكه باتفاق م: (**فينزل الجزاء**) ش: وهو الحرية، وبه قال مالك والشافعي : - رحمهما الله - في وجه .

وقال أحمد - رحمه الله - : لا يعتق ، لأن خيار البائع يخرج البيع عن ملكه عنده . وقيد بقوله: باعه بالخيار ، لأنه لو باعه بيعًا بأن لا يعتق بالإجماع لخروج البيع عن ملكه ، فلم يبق محلاً للجزاء ، فلا يترك الجزاء في غير الملك ولهذا يعرف أن العلة مع المعلول يفترقان في الوجود

وكذلك لو قال المشتري إن اشتريته فهو حر فاشتراه على أنه بالخيار يعتق أيضًا ؛ لأن الشرط قد تحقق ، وهو الشراء ، والملك قائم فيه ، وهذا على أصلهما ظاهر ، وكذا على أصله لأن هذا العتق بتعليقه والمعلق كالمنجز ، ولو نجز العتق يثبت الملك سابقًا عليه ، فكذا هذا

أما الشرط والمشروط غير مفترقان .

فإن قيل : لو كان البيع من غير إفادة الحكم كافيًا لوقوع ما علق به لكان النكاح كذلك ، فإذا علق العتق بالنكاح ووجد النكاح فاسدًا وجب أن يقول : الجزاء ليس كذلك .

أجيب : بأن جواب البيع ليس مع المنافي ، وجواز النكاح مع المنافي ، لأنه رق وإلا تنافيه ، فإذا كان النكاح فاسدًا اعتقد فساده بما يخالف الدليل ، فيترجح جانب العدم ، فصار كأن لم يكن بخلاف البيع ، لأنه موافق للدليل فكان موجودًا ، فالإيجاب والقبول في المحل وإن لم يفد الحكم .

م: (**وكذلك لو قال المشتري: إن اشتريته فهو حر ، فاشتراه على أنه بالخيار عتق أيضًا ، لأن الشرط قد تحقق ، وهو الشراء والملك قائم فيه**) ش: أي في العبد فيترك الجزاء ، هذا في قولهم جميعًا م: (**وهذا على أصلهما**) ش: أي على أصل أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - م: (**ظاهر**) ش: لأن خيار المشتري لا يمنع ثبوت ملك المشتري عندهما ، فثبت الملك سابقًا على العتق ، فيترك العتق في الملك ، وبه قال أحمد والشافعي - رحمهما الله - في وجه .

وقال مالك والشافعي - رحمهما الله - : في وجه لا يعتق ، لأن انتقال الملك سقوط الخيار ، فقيل : سقوطه وجد الشرط وينحل اليمين فلا يعتق لعدم الملك م: (**وكذا على أصله**) ش: أي أصل أبي حنيفة - رحمه الله - يعني يعتق .

وإن كان حلف المشتري يمنع دخول المبيع في ملكه م: (**لأن هذا العتق بتعليقه**) ش: أي بتعليق المشتري لا بالملك م: (**والمعلق كالمنجز**) ش: يعني المعلق بالشرط كالمنجز ، فكأنه قال بعد الشراء عقب هذا العقد .

م: (**ولو نجز**) ش: أي المشتري م: (**العتق**) ش: في هذه الصورة م: (**يثبت الملك سابقًا عليه**) ش: أي على التخيير م: (**فكذا هذا**) ش: أي فكذا في تعلق العتق بالشراء إذا وجد الشراء يكون كأنه يجز العتق حالة الشراء بخلاف قوله إن ملكتك فأنت حر فاشتراه على أنه بالخيار لا يعتق ، لأن شرط الحنث وهو الملك لم يوجد ، لأن المشتري بالخيار لم يملكه عند أبي حنيفة - رحمه الله لم يترك الجزاء .

وبخلاف ما إذا اشترى ذا رحم محرم بالخيار ، حيث لا يعتق على قول أبي حنيفة - رحمه الله - لعدم الملك ، لأن الخيار من المشتري مانع لتملكه .

ومن قال: إن لم أبع هذا العبد أو هذه الأمة فامرأته طالق فأعتق أو دبر طلقت امرأته لأن الشرط قد تحقق، وهو عدم البيع لفوات محلية البيع. وإذا قالت المرأة لزوجها تزوجت علي، فقال كل امرأة لي طالق ثلاثاً طلقت هذه التي حلفته في القضاء، وعن أبي يوسف ـ رحمه الله ـ أنها لا تطلق لأنه أخرجه جواباً فينطبق عليه، ولأن غرضه إرضاؤه، وهو بطلان غيرها، فيتقيد به. ووجه الظاهر عموم الكلام، وقد زاد على حرف الجواب فيجعل مبتدئاً، وقد يكون غرضه

م: (**ومن قال: إن لم أبع هذا العبد أو هذه الأمة فامرأته طالق فأعتق أو دبر طلقت امرأته، لأن الشرط قد تحقق، وهو عدم البيع لفوات محلية البيع**) ش: أي بالإعتاق والتدبير، فطلق كما لو مات الحالف أو العبد، ولا خلاف.

فإن قيل: لم يقع البأس عن البيع بالتحرير والتدبير لجواز أن ترتد الجارية فتسعى بعد اللحاق فملكها هذا الرجل ويبيعها بالتدبير، لجواز أن يقضي القاضي بجواز البيع.

وأجيب: بأن ذاك موهوم، فلا يعتبر. وقيل الحالف عقد يمينه على الملك القائم لا على الملك الذي سيوجد.

م: (**وإذا قالت المرأة لزوجها: تزوجت علي، فقال: كل امرأة لي طالق ثلاثًا طلقت هذه الذي حلفته في القضاء. وعن أبي يوسف -رحمه الله- أنها**) ش: أي أن التي حلفته عليه م: (**لا تطلق**) ش: ومال أكثرهم إلى هذا القول م: (**لأنه**) ش: أي لأن الزوج م: (**أخرجه**) ش: أي أخرج الكلام م: (**جوابًا**) ش: لكلام المرأة م: (**فينطبق عليه**) ش: أي فينطبق الجواب على السؤال، فكأنه قال: كل امرأة لي غيرك تزوجتها طالق ثلاثًا، والاستثناء قد يكون دلالة كما يكون إفصاحًا، فتكون المحلفة مستثناة من عموم اللفظ دلالة، فينصرف الطلاق إلى غيرها.

م: (**ولأن غرضه**) ش: أي غرض الزوج م: (**إرضاؤها، وهو بطلاق غيرها**) ش: لا بطلاق نفسها م: (**فيتقيد به**) ش: أي بالكلام السابق، والكلام الثاني في تزويج غيرها.

فإن قيل: قد زاد على قدر الجواب.

قلنا: الزيادة على قدر المحتاج إليه للجواب إنما يخرج الكلام على الجواب إذا لغت الزيادة. ومتى جعل جوابًا ولا تلغو الزيادة هنا إن جعل جوابًا، لأنه قصد تطييب قلبها وتسكين نفسها، وإذا تطيب تغيرها على العموم، لجواز أن يقع في قلبها، أراد بما قال غير التي طلقت.

م: (**ووجه الظاهر عموم الكلام**) ش: أي وجه ظاهر الرواية أن العمل بعموم الكلام واجب ما أمكن، وقد أمكن هنا، وهو قوله م: (**وقد زاد على حرف الجواب**) ش: لأن جوابه أن يقول: إن فعلت فهي طالق ثلاثًا م: (**فيجعل مبتدئًا**) ش: أي يعتبر مبتدئًا لا يحنث، م: (**وقد يكون غرضه**)

إيحاشـها حين اعترضـت عليه فيمـا أحله الشرع ، ومع التردد لا يصلـح مقيداً ، وإن نوى غـيرها يصدق ديانة لا قضاء ، لأنه تخصيص العام ، والله أعلم بالصواب .

ش: جواب عن قول أبي يوسف - رحمه الله - ، لأن غرضه إرضاؤها ، أي وقد يكون غرض الزوج م: (**إيحاشها**) ش: أي إيحاش المرأة ، أي إنكاؤها م: (**حين اعترضت عليه**) ش: أي على الزوج م: (**فيما أحله الشرع ، ومع التردد**) ش: يعني بين أن يكون غرضه إرضاؤها ، وبين أن يكون إيحاشها م: (**لا يصلح مقيدًا**) ش: بكسر الياء أي مقيداً لإرضائها بطلاق غيرها ، وقيل أي بعموم اللفظ لأجل الاحتمال المذكور .

م: (**ولو نوى غيرها**) ش: أي غير المحلفة م: (**يصدق ديانة**) ش: لأنه يحتمل كلامه ، لأن العام يحتمل الخصوص م: (**لا قضاء**) ش: أي لا يصدق قضاء م: (**لأنه تخصيص العام**) ش: ، لأنه خلاف الظاهر .

* * *

باب اليمين في الحج والصلاة والصوم

قال : ومن قال وهو في الكعبة أو في غيرها: علي المشي إلى بيت الله تعالى أو إلى الكعبة فعليه حجة أو عمرة ماشيًا وإن شاء ركب وأهراق دمًا

م: (**باب اليمين في الحج والصلاة والصوم**)

ش: أي هذا باب في بيان أحكام اليمين في الحج وأحكام اليمين في الصلاة . وأحكام اليمين في الصوم . وقدم هذا الباب على باب اللبس لفضيلة العبادة وأخرها عن الباب المتقدم لقلة وقوع اليمين في الحج والصلاة والصوم .

م: (**قال**) ش: أي محمد - رحمه الله - في «الجامع الصغير» م: (**ومن قال وهو في الكعبة أو في غيرها**) ش: أو عليه عمرة حال كونه ماشيًا .

قال الكاكي : - رحمه الله - وفي لفظه : وهو في الكعبة إشارة إلى أن وجوب الحج أو العمرة بقوله م: (**علي: المشي إلى بيت الله**) ش: بطريق المجاز ، لا من حيث الحقيقة ، إذ المشي إلى بيت الله ، وهو في الكعبة ، محال ، كذا نقل عن العلامة مولانا حافظ الدين - رحمه الله - .

وقال الأترازي : وإنما قيد بقوله في الكعبة لأن إيجاب الحج أو العمرة لما ثبت بقوله علي : المشي إلى بيت الله . م: (**أو إلى الكعبة**) ش: مجازًا بطريق إطلاق اسم السبب على المسبب صار كونه في الكعبة .

وفي تنقية أخرى سواء ذلك ، لأن المشي إلى بيت الله سبب للوصول إلى الحج أو العمرة في الجملة ، فيصير كأنه قال : م: (**فعليه حجة أو عمرة**) ش: فإذا قال ذلك لزمه ، فكذا إذا قال : علي المشي إلى بيت الله ، ثم إذا أراد الحج يحرم من الحرم ويخرج على عرفات م: (**ماشيًا**) ش: فإن ركب يلزمه شاة .

وإذا أراد العمرة يخرج إلى التنعيم ونحوه ، ويحرم بالعمرة من ثمة ، لأن إحرام المكي للعمرة خارج الحرم ، ولم يذكر محمد - رحمه الله - أنه يخرج إلى التنعيم ماشيًا أو راكبًا . وقد اختلف المشايخ فيه ، قال بعضهم : جاز له أن يركب وقت الرواح إلى التنعيم فيه لأن الرواح إليه ليس بمشي إلى بيت الله، وإنما المشي إليه وقت الرجوع . وقال بعضهم: يمشي وقت الرواح أيضًا لأن الرواح إليه للإحرام ، فكان مشيًا إلى بيت الله .

م: (**وإن شاء ركب وأهراق دمًا**) ش: عطف على ما قبله ، يعني المشي واجب عليه ، فإن ركب أهرق ، أي أراق دمًا والهاء فيه زائدة . واعلم أن هنا ثمانية ألفاظ في ثلاثة يلزمه بلا خلاف وهي أن يقول : علي المشي إلى بيت الله أو إلى الكعبة أو إلى مكة .

وفي رواية «النوادر» أو إلى مكة ، وبه قال أحمد والشافعي - رحمه الله - في قول . وفي

الأصح لا يلزمه شيء بقوله: علي المشي إلى بيت الله ، إلا أن ينويه ، لأن جميع المساجد بيت الله وفي ثلاثة لا يلزمه شيء باتفاق أصحابنا وهي إذا نذر الذهاب إلى مكة أو السفر أو الركوب إليها أو المسير أو المضي .

وبه قال مالك - رحمه الله - في قول قاله ابن القائم عنه . وقال الشافعي وأحمد - رحمهما الله - : وهو رواية أشهب عن مالك يلزمه الحج أو العمرة ، كما في قوله علي المشي إلى مكة .

وفي لفظين خلاف بين أصحابنا . وهو ما إذا نذر المشي إلى الحرم أو المسجد الحرام ، فعند أبي حنيفة - رحمه الله - لا شيء عليه ، وعندهما عليه حجة وعمرة ، وبه قالت الأئمة الثلاثة - رحمهم الله .

ولو نذر المشي إلى الصفا والمروة أو بقعة من الحرم يلزمه المشي إليها بحج أو عمرة عند الشافعي وأحمد - رحمهما الله - واصبغ من المالكية .

وعندنا لا يلزمه شيء ، وبه قال مالك ، ولو نذر المشي إلى مسجد رسول الله ﷺ أو إلى المسجد الأقصى لا شيء عليه ، وبه قال الشافعي - رحمه الله - في قول في الأم . وفي قوله تنعقد نذر هو به .

قال أحمد - رحمه الله -: لما روي أنه ﷺ قال: « **لا تشد الرحال إلا إلى ثلاثة مساجد ، المسجد الحرام ، والمسجد الأقصى ، ومسجدي هذا** » . وقد نص بالإتيان وشد الرحال إلى هذه المساجد . ورجح العراقيون وأكثر أصحابه القول الأول ، لما روي عن جابر -رضي الله عنه- « **أن رجلاً قال: يا رسول الله إني نذرت إن فتح الله لك مكة أن أصلي في بيت المقدس ركعتين فقال** ﷺ : **صل هنا ، فأعاد** ﷺ **صل هنا** »[1] . ومعلوم أن هذا القدر متعين بالإنسان ، وإن بيت المقدس لا يعقد بالشد ، فأشبه سائر المساجد ، والمقصود من قوله ﷺ: لا تشد الرحال إلى آخره تخصيص القربة وفضلها في هذه المساجد .

م: (**وفي القياس لا يلزمه شيء**) ش: يعني في إيجاب الحجة أو العمرة بلفظ المشي إلى البيت أو الكعبة ، لأن المشي أمر مباح فالقياس أن يبطل القدر به م: (**لأنه التزم ما ليس بقربة واجبة**) ش: أي لعبة م: (**ولا مقصودة في الأصل**) ش: بل هو وسيلة لما هو قربة كالوضوء .

فإن قيل : الاعتكاف وهو اللبث ليس بقربة مقصودة لما شرع لانتظار الصوم ، وقد صح النظر به .

(١) أبو داود [٣٣٠٥]، أحمد [٣/ ٣٦٣] ، البيهقي [١٠/ ٨٢] .

قلنا : الاعتكاف لا يصح إلا بالصوم ، والصواب من جنس القربة المقصودة .

فإن قيل : الاعتكاف يصح في الليل ، وإن كان الصوم لا يصح فيه .

قلنا : صحة الاعتكاف في الليل تبع لصحة الاعتكاف في اليوم ، ولهذا لو نذر الاعتكاف في الليل مفردًا عن اليوم لا يصح .

م: (**ومذهبنا مأثور عن علي -رضي الله عنه-**) ش: قال الأترازي : - رحمه الله - قال محمد رحمه الله - في الأصل : بلغنا عن علي بن أبي طالب -رضي الله عنه- أنه قال : من حلف على نفسه الحج ماشيًا حج وركب وذبح شاة لركوبه .

قال مخرج الأحاديث : هذا غريب ، ثم قال : وروى البيهقي - رحمه الله - في «المعرفة» عن طريق الشافعي - رحمه الله - عن ابن عيينة عن سعيد بن عروة عن قتادة عن الحسن بن علي رضي الله عنه- في رجل يحلف على حجة المشي ؟ قال : يمشي ، فإن عجز ركب وأهدى بدنة .

وروى عبد الرزاق - رحمه الله - في «مصنفه» أخبرنا عبد الله بن سعيد عن الحكم عن إبراهيم عن علي -رضي الله عنه- فيمن نذر أن يمشي إلى البيت . قال : يمشي ، فإذا أعيى ركب ويهدي جزورًا .

وقال الأكمل : بعد أن نقل ما قاله محمد - رحمه الله - في الأصل إلى آخره ، كذا في بعض الشروح ، وليس مطابقًا لما نحن فيه لجواز أن يكون ذلك ممن جعل على نفسه الحج ماشيًا بغير هذا اللفظ ، وليس هذا في بعض الشروح وشرح البزدوي ، فإنه ذكر فيه هكذا ثم ادعى أنه غير مطابق لما نحن فيه ، وعلل بقوله الكلام فيه .

وقال آخرون : روي عن علي -رضي الله عنه- أنه أجاب في هذه المسألة بأن عليه حجة أو عمرة ، وهذا مطابق ، وقد روى شيخي في شرحه أن أخت عقبة بن عامر -رضي الله عنه- نذرت أن تمشي إلى بيت الله فأمرها النبي ﷺ أن تحرم بحجة أو عمرة ، انتهى .

قلت : أراد بقوله في بعض الشروح شرح البزدوي ، فإنه ذكر فيه هكذا ثم ادعى أنه غير مطابق لما نحن فيه . وعلل بقوله لجواز . . . . إلى آخره .

وفيه نظر ، بل كاد أن يرد ، لأنه لم يذكر وجه قوله ، لجواز أن يكون إلى آخره ، لأن فيه إثبات الخبر بالاحتمال ، وهذا ليس بطريقة العلماء ، ولم يبين أيضًا وجه قول الآخرين ، هل ثبت ذلك عن علي -رضي الله عنه- أو لا ؟ ثم قال : وقد روى شيخي أراد به قوام الدين الكاكي رحمه الله - ، فإنه ذكره في «شرحه» ، وقصد هو وشيخه أيضًا ، حيث لم يبيناه إلى مخرجه من أئمة الحديث .

ولأن الناس تعارفوا إيجاب الحج والعمرة بهذا اللفظ ، فصار كما إذا قال علي زيارة البيت ماشيًا فيلزمه ماشيًا ، وإن شاء ركب وأهراق دمًا وقد ذكرناه في المناسك. ولو قال علي الخروج أو الذهاب إلى بيت الله تعالى فلا شيء عليه ، لأن الحج والعمرة بهذا اللفظ غير متعارف ، ولو قال علي المشي إلى الحرم أو إلى الصفا والمروة فلا شيء عليه ، وهذا عند أبي حنيفة - رحمه الله - وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - في قوله علي المشي إلى الحرم حجة أو عمرة . ولو قال إلى المسجد الحرام فهو على هذا الاختلاف

قلت : هذا رواه أبو يعلى الموصلي في «مسنده» : حدثنا زهير حدثنا أحمد بن عبدالوارث حدثنا قتادة عن عكرمة عن ابن عباس -رضي الله عنهما- « **أن أخت عقبة ابن عامر نذرت أن تحج ماشية** ، فسئل النبي ﷺ ، **فقال : إن الله عز وجل غني عن نذر أختك لتركب ولتهدي بدنة** »، انتهى . وهذا كما رأيت ما ذكر الحديث كما روي عن النبي ﷺ ولا نسبه إلى أحد من الصحابة ، وما ذاك إلا تقصير جدًا وتقليد محض .

م: (**ولأن الناس تعارفوا إيجاب الحج والعمرة بهذا اللفظ**) ش: أي بقوله علي المشي إلى بيت الله أو إلى الكعبة م: (**فصار**) ش: أي فصار حكم هذا على الوجوب م: (**كما إذا قال علي زيارة البيت ماشيًا فيلزمه ماشيًا ، وإن شاء ركب وأراق دمًا ، ، وقد ذكرناه في المناسك**) ش: أي قبل كتاب النكاح .

فإن قيل : لما كان هذا اللفظ كناية عن الإحرام بالحج أو العمرة كان لفظ الشيء غير منظور إليه ينبغي أن لا يلزم عليه المشي ، كما لو نذر أن يضرب بثوبه حطيم الكعبة ، حيث لا يلزمه ضرب الثوب ، بل يلزمه إهداء الثوب إلى مكة .

قلنا : نعم كذلك ، إلا أن الحج ماشيًا أفضل ، قال النبي ﷺ: « **من حج ماشيًا فله بكل خطوة حسنة من حسنات الحرم ، قيل وما حسنات الحرم ، قال : واحد بسبعمائة** » **فأعير لفظه** لإحراز تلك الفضيلة أو الظاهر إلزام القربة بصفة الكمال .

م: (**ولو قال : علي الخروج أو الذهاب إلى بيت الله ، فلا شيء عليه لأن إلزام الحج والعمرة بهذا اللفظ غير متعارف**) ش: ولم يرد النص فوجب العمل بالقياس لما مر أن في القياس لا يلزمه شيء وفيه خلاف الشافعي ومالك - رحمهما الله - وقد ذكرناه عن قريب .

م: (**ولو قال :علي المشي إلى الحرم أو إلى الصفا والمروة فلا شيء عليه ، وهذا عند أبي حنيفة - رحمه الله - . وقالا : في قوله علي المشي إلى الحرم أو إلى الصفا ، والمروة حجة أو عمرة**) ش: وقد مر ذكر هذا أيضًا بما فيه من خلاف الأئمة م: (**ولو قال إلى المسجد الحرام ، فهو على هذا الاختلاف**) ش: أي الاختلاف المذكور بين أبي حنيفة - رحمه الله - وصاحبيه -رحمهما الله- .

لهمـا أن الحرم شامل على البيت بالاتصـال ، وكذا المسجد الحـرام شامل على البيت فـصار ذكره كذكره ، بخـلاف الصفا والمروة ، لأنهمـا منفصلان عنه . وله أن التـزام الإحرام بهذه العبـارة غير متعارف ، ولا يمكن إيجابه باعتبار حقيقة اللفظ ، فامتنع أصلاً . ومن قال : عبدي حر إن لم أحج العام ، فقال حججت وشهد شـاهدان على أنه ضحى العام بالكوفة لم يعتق عبده . وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله. وقال محـمد -رحمه الله- يعتق ، لأن هذه شهادة قامت على أمر معلوم ، وهو التـضحية، ومن ضرورته انتفاء الحـج ، فيتحقق الشرط . ولهمـا أنها قامت على النفي ، لأن المقصود منها نفي الحج لا إثبات التضحية ، لأنه لا مطالب لها

م: (**لهما**) ش: أي لأبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - م: (**أن الحرم شامل على البيت**) ش: بالاتصال ، وكذا المسجد الحرام شامل على البيت م: (**فصار ذكره كذكره**) ش: أي صار ذكر كل واحد من الحرم أو المسجد الحرام البيت م: (**بخلاف الصفا والمروة ، لأنهـما منفصلان عنه**) ش: أي عن البيت ، يعني أنهما ليسا شاملين على البيت ، بل هما منفصلان ، عنه ، فلم يكن ذكرهما كذكره .

م: (**وله**) ش: أي ولأبي حنيفة - رحمه الله - م: (**أن التزام الإحرام بهذه العبارة غير متعارف**) ش: فيعمل بالقياس وعدم الوجوب م: (**ولا يمكن إيجابه**) ش: أي لا يمكن إلزام إيجاب الإحرام م: (**باعتبار حـقيقة اللفظ**) ش: أي لفظ المشي ، لأن اللفظ لم يوضع عليه ، والعـرف أيضًا منتف ، ولما انتفت الدلالة على الإيجاب حقيقة وعرفًا م: (**فامتنع**) ش: الإيجاب م: (**أصلاً**) ش: فلا يلزم شيء .

م: (**ومن قـال : عبدي حـر إن لم أحج العـام ، فقال : حـججت وشـهد شـاهدان أنه ضحى الـعام بالكوفة لم يعتق عبده ، وهذا**) ش: أي عدم العتق م: (**عند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله**) ش: ولم يذكر صاحب «المختلف» . قول أبي يوسف - رحمه الله - مع أبي حنيفة - رحمه الله ولا الفقيه أبو الليث - رحمه الله - في شرح «الجامع الصغير» .

م: (**وقال محمد : -رحمه الله- يعتق لأن هذه**) ش: أي لأن شهادة هذين الشاهدين م: (**شهادة قامت على أمـر معلوم ، وهو التـضحيـة ، ومن ضرورته**) ش: أي ومن ضـرورة هذا الأمـر المعلوم م: (**انتفاء الحج ، فيتحقق الشرط**) ش: وهو حجة هذا العام .

م: (**ولهما**) ش: أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - م: (**أنها**) ش: أي أن هذه الشهادة م: (**قامت على النفي**) ش: فلا تقبل م: (**لأن المقصود منها نفي الحج لا إثبات التضحية ، لأنه لا مطالب لها**) ش: من جهة العباد ، فلا تدخل تحت القضاء ، لأنـها إن كانت طوعًا فظاهر ، وإن كانت واجبة فالقاضي لا يجبر عليها ، فيثبت عدم المطالبة ، فلما انتفت الشهادة على المطالبة

فصار كما إذا شهدوا أنه لم يحج العام ، غاية الأمر أن هذا النفي مما يحيط علم الشاهد به ، ولكنه لا يميز بين نفي ونـفي تيسيـراً . ومن حلف لا يصوم فنوى الصوم وصـام ساعة ثـم أفطر من يومه حنث لوجـود الشرط ، إذ الصـوم هو الإمسـاك عن المفطرات على قصـد التقـرب . ولو حلف لا يصوم يوماً أو صوماً فصام ساعة ثـم أفطر لا يحنث ، لأنه يراد به الصوم التام المعتبر شرعاً ، وذلك بإتمامه إلى اليوم ، واليوم صريح في تقدير المدة به .

بالتضحية ثبت أنها قامت على نفي الحج لا تقبل م: **(فصـار كما إذا شهـدوا أنه في هذا العام)** ش: أي فصار حكم هذه الشهادة كما إذا شهدوا أنه لم يحج في هذا العام ، فإن هذه الشهادة لا تقبل فكذا تلك الشهادة غاية الأمر جواب عن سؤال ، وهو أن يقال: إنما لا تقبل الشهادة على النفي إذا لم يكن الشاهد عالمًا بالنفي ، أما إذا كان عالمًا والشيء مما يعلم ويحاط ، تقبل الشهادة على النفي ، وفيما نحن كذلك فإنه ذكر في «السير الكبير» : شاهدان شهدا على رجل أنا سمعناه يقول المسيح ابن الله ولم يقل قول النصارى ، فبانت منه امرأته ، والرجل يقول إنما قصدت به قول النصارى يعني قلت المسيح ابن الله قول النصارى ، قال : إن الشهادة مقبولة ، لأن ذلك مما يحاط به ويعلم . وتقرير الجواب : أن يقال : م: **(غاية الأمر أن هذا النفي)** ش: وهو قول الشهرة أنه لم يحج العام م: **(مما يحيط علم الشاهد به ، ولكنه لا يميز بين نفي ونفي)** ش: أي لا يفرق بين نفي ونفي بأن يقال يقبل فيما إذا كان النفي مما يعلم ويحاط ، ولا يقبل فيما لا يعلم ويحاط ، بل لا تقبل في كل النفي م: **(تيسيرًا)** ش: ودفعًا للحرج عن الناس ، وهذا إذا ادعى رجل على رجل أنه عضه أو جرحه يوم كذا ، فشهد شاهدان أن هذا الرجل في ذلك اليوم كان في مكان كذا وكذا لا يقبل شهادتهما ، لأن مقصوده أنه لم يجرح ولم يعض . وقال تاج الشريعة : بعد أن قال فإن قلت : الشهادة على النفي مقبولة بدليل ما ذكر محمد - رحمه الله - في «السير الكبير» ، وهو ما ذكرناه الآن . فإن قلت : إنه صدق الشهود فيما شهدوا عليه ، من بنوة المسيح ، وهذا القدر منه كان لثبوت البنوة ، ثم بعد ذلك بنفي البنوة بقوله : قد قلت . وقال النصارى ، فلا يصدق في حقها ، كمن قال لفلان علي ألف درهم من ثمن خمر أو خنزير لزمه الألف ، ولا يقبل تفسيره ، انتهى . مسألة السير قامت الشهادة فيها على أمر ثابت معين ، وهو السكوت عقيب قوله المسيح ابن الله فلا يرد علينا نقضًا .

م: **(ومن حلف لا يصوم فنوى الصوم فصام ساعة ثم أفطر من يومه حنث لوجود الشرط، إذ الصوم هو الإمساك عن المفطرات)** ش: وهو الأكل والشرب والجماع م: **(على قصد التقرب)** ش: وبهذا القدر يصير فاعلاً فعل الصوم وهو الإمساك كما قلنا وما زاد تكرار الشرط ليس بشرط م: **(ومن حلف لا يصوم صومًا أو يومًا)** ش: بأن قال لا يصوم صومًا م: **(فصام ساعة ثم أفطر لا يحنث ، لأنه يراد به الصوم التام المعتبر شرعًا ، وذلك بإتمامه إلى اليوم ، واليوم صريح في تقدير المدة به)** ش: فلا

ولو حلف لا يصلي فقام وقرأ أو ركع لم يحنث ، وإن سجد مع ذلك ثم قطع حنث ، والقياس أن يحنث بالافتتاح اعتباراً بالشروع في الصوم . وجه الاستحسان أن الصلاة عبارة عن الأركان المختلفة ، فما لم يأت بجميعها لا يسمى صلاة ، بخلاف الصوم ، لأنه ركن واحد ، وهو الإمساك ويتكرر في الجزء الثاني . ولو حلف لا يصلي صلاة لا يحنث ما لم يصل ركعتين ، لأنه يراد به الصلاة المعتبرة شرعاً ، وأقلها ركعتان للنهي عن البتيراء ، والله أعلم .

بد من اليوم الكامل .

فإن قيل : المقصود في قوله لا يصوم مذكور لغة؟

قلنا : بل لغة لا شرعًا ، وعند ذكر الصوم صريحًا منصرف إلى الكامل ، وهو الصوم لغة وشرعًا .

فإن قيل : يشكل هذا بما لو قال: والله لأصوم من هذا اليوم ، وكان ذلك بعد ما أكل أو شرب أو بعد الزوال صح يمينه بالاتفاق ، والصوم مقرون باليوم ، ومع ذلك لم يرد به الصوم الشرعي ، فإن الصوم الشرعي بعد الأكل أو بعد الزوال غير متصور .

والجواب : أن الدلالة قامت على أن المراد به ليس الصوم الشرعي ، وهو كون اليمين بعد الزوال أو بعد الأكل ، فانصرف إلى الصوم اللغوي ، وانعقدت يمينه عليه ، بخلاف ما نحن فيه ، فإنه ليس فيه ما يمنعه عن الصوم الشرعي ، فيصرف إليه .

م: (**ولو حلف لا يصلي فقام وقرأ أو ركع لم يحنث ، وإن سجد مع ذلك ثم قطع حنث ، والقياس أن يحنث بالافتتاح اعتباراً بالشروع في الصوم**) ش: فإن في الصوم يحنث بمجرد الشروع ، فكان ينبغي أن يكون هذا كذلك . ألا ترى أن الناظر إليه يسميه مصليًا حين افتتح الصلاة م: (**وجه الاستحسان أن الصلاة عبارة عن الأركان المختلفة**) ش: من التكبير من القيام والقراءة والركوع والسجود م: (**فما لم يأت بجميعها لا يسمى صلاة**) ش: فلا يحنث م: (**بخلاف الصوم ، لأنه ركن واحد ، وهو الإمساك ، ويتكرر في الجزء الثاني**) ش: من حين ما مضى .

وفي «المبسوط» تكرر ، ولا يشترط لأنها نصف القيام الموجود في أول الافتتاح ، والتكرار ليس بشرط .

م: (**ولو حلف لا يصلي صلاة لا يحنث ما لم يصل ركعتين ، لأنه يراد به الصلاة المعتبرة شرعًا ، وأقلها ركعتان**) ش: وقال الشافعي : - رحمه الله - في قول، وأحمد - رحمه الله - في رواية يحنث بركعة ، لأن الركعة الواحدة صلاة عندهما ، وعند الشافعي - رحمه الله - في قول ، وأحمد - رحمه الله - في رواية يحنث بالشروع ، لأنه يسمى مصليًا ، وفي وجه يحنث بالتمام على وجه الصحة م: (**للنهي عن البتيراء**) ش: قد ذكر المصنف حديث البتيراء في كتاب الصلاة في

....

باب صلاة الوتر .

وأخرجه ابن عبد البر في كتاب «التمهيد» عن عثمان بن محمد - رحمه الله - ابن أبي ربيعة عن عبد الرحمن حدثنا عبد العزيز الدراوردي عن عمرو بن يحيى عن أبيه عن أبي سعيد - رضي الله عنه - أن رسول الله ﷺ نهى عن البتيراء أن يصلي الرجل واحدة يوتر بها ، ومضى الكلام فيه هناك . وقال صاحب «المغرب» : البتيراء تصغير البتراء تأنيت ، ألا وهو في الأصل مقطوع الذنب ثم جعل عبارة عن الناقص .

* * *

باب اليمين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك

ومن قال : لامرأته إن لبست من غير ذلك فهو هدي فاشترى قطناً فغزلته ونسجته فلبسه فهو هدي عند أبي حنيفة -رحمه الله- . وقالا: ليس عليه أن يهدي حتى تغزل من قطن ملكه يوم حلف ، ومعنى الهدي التصدق به بمكة لأنه اسم لما يهدى إليها . لهما أن النذر إنما يصح في الملك أو مضافاً إلى سبب الملك ، ولم يوجد لأن اللبس وغزل الثوب من أسباب الملك .

م: (باب اليمين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك)

ش: أي هذا باب في بيان أحكام اليمين في لبس الثياب والحلي بضم الحاء وكسر اللام وتشديد الياء جمع حلي بفتح الحاء وسكون اللام ، بمعنى الحلي وجمع الحلية حلي بالكسر والقصر ، وقد جاء ضم الحاء في قليل الاستعمال ، كما جاء في لحي جمع لحية ، وجاء ضم أيضًا .

و«الحلي»: في اللغة ما لبس من ذهب أو فضة أو جوهر ، كذا في «الجمهرة».

وقال ابن الأثير : الحلي اسم لكل ما يزيد من مصاغ الذهب و الفضة ، وقوله : غير ذلك مثل الحلف على أن لا يجلس على الأرض ، ولا يجلس على سرير .

م: (**ومن قال لامرأته : إن لبست من غير ذلك فهو هدي**) ش: أي صدقة تصدق به على فقراء مكة م: (**فاشترى قطنًا فغزلته ونسجته فلبسه فهو هدي عند أبي حنيفة - رحمه الله -**) ش: الهدي اسم لما يهدى إلى مكة ، أي يستعمل إليها للتصدق ، ثم إذا نذر أن يهدي ثوبًا جاز له أن يتصدق به على مساكين مكة وغيرها . ولو نذر أن يهدي لحمًا لا يجوز أن لا يذبح بمكة ويتصدق .

ولو تصدق به حيًا لا يجوز ، ولا يكون هديًا حتى يذبح . ثم إذا سرق لا شيء عليه .

كذا ذكره صاحب «الأجناس» ، وذلك لقوله تعالى : ﴿ **ثم محلها إلى البيت العتيق** ﴾ (الحج : الآية ٣٣) ، وإذا نذر بما لا ينقل يكون نذرًا بالقيمة لتعذر نقل العين .

م: (**وقالا : ليس عليه أن يهدي حتى تغزله**) ش: أي امرأته م: (**من قطن ملكه يوم حلف ، ومعنى الهدي التصدق به**) ش: أي بالثوب م: (**بمكة ، لأنه اسم لما يهدى إليها**) ش: وقد بسطنا الكلام آنفًا م: (**لهما**) ش: أي لأبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - م: (**أن النذر إنما يصح في الملك أو مضافًا إلى سبب الملك**) ش: لقوله ﷺ : « **لا نذر فيما لا يملك ابن آدم** » .

م: (**ولم يوجد**) ش: أي واحد منهما م: (**لأن اللبس وغزل الثوب من أسباب الملك**) ش: فلا يصح اليمين في حق القطن المشترى بهذا يحلف ، وهذا هو القياس .

وله أن غـزل المرأة عـادة يكون من قطن الزوج ، والمعتـاد هو المراد ، وذلك سـبب الملك ، ولهـذا يحنث إذا غـزلت من قـطن مملوك له وقت النذر ، لأن القطـن لم يصـر مـذكـوراً . ومن حلف لا يلبس حلياً فلبس خـاتم فضة لم يحنث ، لأنه ليس بحلـي عرفاً ولا شرعـاً ، حتى أبيح استعـماله للرجال والتـختم به لقصـد الختم ، وإن كان من ذهب حنث ، لأنه حلي ولهـذا لا يحل استعـماله للرجال . ولو لبس عقد لؤلؤ غـير مرصع لا يحنث عند أبي حنيفة -رحمه الله- . وقالا: يحنث لأنه حلي حقيقة ، حتى سمي به في القرآن .

م: (**وله**) ش: أي ولأبي حنيفة - رحمه الله - م: (**أن غزل المرأة عـادة يكون من قطن الزوج**) ش: إلا نادرًا ، ومبنى الأيمان على العرف والعادة ، فيكون اليمين مقيدة بالعادة م: (**والمعتاد هو المراد ، وذلك سبب الملك**) ش: أي لملك الزوج ، فكأنه قال : إن لبست من غزلك من قطن أملكه ، فلو قال هكذا يتناول القطن الحادث ، فكذلك هذا .

م: (**ولهـذا يحنث**) ش: إيضاح لقوله ، وذلك سبب لملكه م: (**إذا غـزلت من قطن مملوك له وقت النذر ، لأن القطن لم يصر مذكورًا**) ش: حاصل المعنى أن يحنث بلبس القطن المغزول المملوك يوم النذر ، مع أن القطن المملوك له يوم النذر ليس بمذكور وقت اليمين ، لكنه أريد بذلك بدلالة العادة ، فكذا في المشترى ، فكانت الإضافة إلى غزلها إلى ملكه عادة .

م: (**ومن حلف لا يلبس حليًـا**) ش: بفتح الحاء وسكون اللام م: (**فلبس خاتم فـضة لم يحنث ، لأنه ليس بحلي عرفًا ولا شرعًا ، حتى أبيح استعماله للرجال**) ش: وعند الأئمة الثلاثة يحنث . وقال فخر الإسـلام البزدوي في شرح «الجامع الصغير » : فـإن كـان الخاتم مما يلبسـه النساء ينبغي أن يحنث . وفي «جامع قـاضي خان» قـال مشايخنا - رحمـهم الله - : هذا إذا كـان خاتم الفـضة مصنوعًا على هيئة خاتم إذا لم يكن فيه فص ، فإن كـان فيه فص حنث ، ويحنث بلبس السوار والخلخال والقلادة والقرط والدملوج ، سواء كان من فضة أو ذهب بالإجماع .

م: (**والتـختم به لقصـد الختم**) ش: أي أبيح التـختم بخاتم الفـضة لأجل الختم بفتح الخاء وسكون التاء ، يعني لا لأجل الزينة .

وقال الكاكي - رحمه الله - : وإنما حل التـختم لإقامة السنة لا للتزين ، فلم يكن حليًا كاملاً ، فلا يدخل تحت مطلق اسم الحلي .

م: (**وإن كان**) ش: أي الخاتم م: (**من ذهب حنث ، لأنه حلي ، ولهذا لا يحل استـعماله**) ش: أي استعمال الذهب م: (**للرجال**) ش: سواء كان فيه فص أو لـم يكن م: (**ولو لبس عقد لؤلؤ**) ش: بكسر العين وهو القلادة م: (**غـير مـرصع**) ش: أي غير مركب بذهب وفـضة من الترصيع وهو التركيب م: (**لـم يحنث عند أبي حنيـفة . وقـالا : يحنث**) ش: وبه قـال الثلاثة : م: (**لأنه حلي حقيقة حـتى سـمي به**) ش: أي بالحلي م: (**في القـرآن**) ش: وهو قوله تعـالى : ﴿ **تستخـرجون منه حلية**

ولـه أنه لا يتحلى به عرفاً إلا مرصعاً ، ومبنى الأيمان على العرف . وقيل هذا اختلاف عصر وزمان ويفتى بقـولهمـا ، لأن التحلي به على الانفـراد معتـاد . ومن حلف لا ينام على فراش فـنام عليه وفوقـه قرام حنث ، لأنه تبع للفـراش فيعـد نائماً عليه ، وإن جـعل فوقه فـراشاً آخـر فنام عليه لا يحنث ،لأن مـثل الشيء لا يكون تبعـاً له ، فتنقطـع النسبـة عن الأول . ولو حلف لا يجلس على

تلبسونها﴾ (النحل : الآية ١٤) ، والمستخرج من الجوهر اللؤلؤ غير مرصع ، وعلى هذا الخلاف عقد زبرجد أو زمرد غير مرصع .

م: (**وله**) ش: أي ولأبي حنيفة -رضي الله عنه- م: (**أنه**) ش: أي اللؤلؤ م: (**لا يتحلى به عرفًا إلا مرصعًا ، ومبنى الأيمان على العرف**) ش: وقال التمرتاشي - رحمه الله - والرعياني : ومن مشايخنا - رحمهم الله - من قال على قياس قول أبي حنيفة - رحمه الله - لا بأس بلبس المرأة والرجال اللؤلؤ .

م: (**وقيل هذا اختلاف عصر وزمان**) ش: لا حجة وبرهان ، لأنه لا يتحلى به وحده في زمانه وفي زمانهما كان يتحلى به وحده . قال الفقيه أبو الليث - رحمه الله - : كل واحد منهم قال على عادة زمانه .

وقال صاحب الهداية رحمه الله : م: (**ويفتى بقولهما**) ش: لأن قولهما أقرب إلى عرف ديارنا .

قلت : هكذا العرف في سائر الديار ، خصوصًا في الديار المصرية .

م: (**ومن حلف لا ينام على فراش**) ش: أي فراش معنى ، بدليل قوله وإن جعل فوقه فراش آخر م: (**فنام عليه**) ش: لا يحنث ، فلو كان المراد منكرًا حنث ، لأنه نام على فراش فنام عليه م: (**وفوقه قرام**) ش: بكسر القاف وتخفيف الراء وهو الرقيق ، كذا في«الجمهرة» م: (**حنث لأنه**) ش: أي لأن القوم م: (**تبع للفراش ، فيعد نائمًا عليه**) ش: الأصل في هذا أن الشيء ، إذا كان فوق شيء ، فإن كان الأعلى يصلح أن يكون أصلاً بنفسه يضاف الجلوس والنوم إليه لا إلى الذي تحته ، وإن كان الأعلى تبعًا يضاف إلى ما تحته ،فاعتبر ذلك في الذي مضى ، وفي الذي يأتي وهوقوله .

م: (**وإن جعل فوقه فراشًا آخر فنام عليه لا يحنث ، لأن مثل الشيء لا يكون تبعًا له ، فقطع النسب عن الأول**) ش: أي عن الفراش الأول فلا يحنث ، لأن يمينه على الأول ، ولم يتم على الأول ، وهو ظاهر الرواية عن أصحابنا ، وهي رواية« الجامع الكبير » .

وقال صاحب «المختلف» : قال أبو يوسف - رحمه الله - في« الأمالي» : يحنث ، لأنه نام عليهما جميعًا ويقال في العرف أيضًا نام على الفراشين .

م: (**ولو حلف لايجلس على الأرض فجلس على بساط أو حصير لم يحنث ، لأنه لا يسمى**

الأرض فجلس على بساط أو حصير لم يحنث ، لأنه لا يسمى جالساً على الأرض ، بخلاف ما إذا حال بينه وبين الأرض لباسه ،لأنه تبع له ، فلا يعتبر حائلاً . وإن حلف لا يجلس على سرير فجلس على سرير فوقه بساط أو حصير حنث ، لأنه يعد جالساً عليه ، والجلوس على السرير في العادة كذلك ، بخلاف ما إذا جعل فوقه سريراً آخر ، لأنه مثل الأول ، فتقطع النسبة عنه ، والله أعلم بالصواب .

جالسًا على الأرض ، بخلاف ما إذا حال بينه وبين الأرض لباسه) ش: أي صار لباس الحالف حائلاً ، أي حاجزاً بين الحالف وبين الأرض م: (لأنه) ش: أي لأن لباس الحالف م: (تبع له) ش: أي للحالف م: (فلا يعتبر حائلاً) ش: فيحنث .

م: (ولو حلف لا يجلس على سرير فجلس على سرير فوقه بساط أو حصير حنث ، لأنه يعد جالسًا عليه) ش: أي على السرير م: (والجلوس على السرير في العادة كذلك) ش: ألا ترى أنهم يقولون جلس الأمير على السرير ، وإن كان فوق السرير بساطًا فيعدونه تبعًا للسرير م: (بخلاف ما إذا جعل فوقه سريراً آخر ، لأنه مثل الأول ، فتقطع النسبة عنه) ش: وقال الحاكم الشهيد في « الكافي » : وإن حلف لا يمشي على الأرض فمشى عليها بنعل أو خف حنث ، وإن حلف على بساط لم يحنث ، وإن مشى على ظهر أحجار حنث ، لأنها من الأرض .

***

باب اليمين في القتل والضرب وغيره

ومن قال لآخر: إن ضربتك فعبدي حر ، فهو على الحياة ؛ لأن الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل بالبدن والإيلام لا يتحقق في الميت ، ومن يعذب في القبر يوضع فيه الحياة في قول العامة ،

م: **(باب اليمين في القتل والضرب وغيره)**

ش: أي هذا باب في بيان حكم اليمين في الضرب والخنق والعض وحكم اليمين في القتل قوله -وغيره- أي وغير المذكور من الضرب والقتل مثل القتل والخنق والعض .

م: **(ومن قال إن ضربتك فعبدي حر)** ش: فمات فضربه م: **(فهو على الحياة)** ش: أي حلف على كل كونه المخاطب حيًا م: **(لأن الضرب اسم لفعل مؤلم)** ش: أي موجع م: **(يتصل بالبدن والإيلام لا يتحقق في الميت)** ش: ونوقض بقوله تعالى: **﴿ وخذ بيدك ضغثًا فاضرب به ولا تحنث ﴾** (ص : الآية ٤٤) ، وصف النبي أيوب عليه السلام في يمينه بالضرب بهذا الذي ذكر ولم يوجد الإيلام لما أن الضغث عبارة عن الحزمة الصغيرة من ريحان أو حشيش ، فلم يكن لمجموعه إيلام ، فكيف الجزاء .

وأجيب : بأنه جاز أن يكون هذا حكمًا ثابتًا بالنص في حق أيو ب عليه السلام خاصة ، إكرامًا له في حق امرأته تخفيفًا عليها ، لعدم جنايتها على خلاف القياس ، ولا يلحق به غيره .

وقيل ذلك ثبت رخصة في حقه خاصة ، حيث حلل الله يمينه بأهون شيء أراه عن امرأته وحسن خدمتها إياه ، وكلامها في الغريمة فلا يقاس على ما ثبت رخصة ، بخلاف القياس وغيره .

وفي «شرح الطحاوي» ومن حلف ليضربن فلانًا مائة سوط فضرب بها مرة واحدة إن وصل إليه كل سوط بحاله ، بر في يمينه ، والإيلام شرط فيه ، لأن المقصود من الضرب الإيلام ، وبه قال المزني - رحمه الله .

وقال الشافعي : يبر بمجرد الضرب بدون الإيلام . وقال مالك وأحمد - رحمهما الله : يحنث . وفي وصول الألم شرط عندهما .

م: **(ومن يعذب في القبر يوضع فيه الحياة)** ش: هذا جواب عن سؤال مقدر ، بأن يقال : إن قولكم الإيلام لا يتحقق في الميت ، لكن يعذب الميت في القبر ، فأجاب بقوله ومن يوضع . . . إلى آخره م: **(في قول العامة)** ش: احترز به عن قول الكرامية والصالحية ، وهم قوم ينسبون إلى أبي الحسين الصالحي ، فإنهم لا يشترطون الحياة شرطًا لتعذيب المسبب ، وعذاب القبر ثابت عند أهل السنة وإن اختلفوا في كيفيته .

فقال بعضهم : يؤمن بأهل العذاب ويسكت عن الكيفية ، لأن الواجب علينا تصديق ما جاء في السنة المشهورة ، وهو التعذيب بعد الموت . وعند العامة يوضع فيه الحياة ، لأن الإيلام

وكذلك الكسوة ، لأنه يراد به التمليك عند الإطلاق ، ومنه الكسوة في الكفارة ، وهو من الميت لا يتحقق إلا أن ينوي به الستر . وقيل بالفارسية ينصرف إلى اللبس ، وكذا الكلام والدخول ، لأن المقصود من الكلام الإفهام ، والموت ينافيه .

لا يكون بلا حياة ولا علم . ثم اختلفوا فقيل يوضع فيه الحياة بقدر ما يتألم لا الحياة المطلقة . وقيل يوضع فيه الحياة من كل وجه .

م: (**وكذلك الكسوة**) ش: يعني إن قال إن كسوتك فعبدي حر ، فكساه بعد الموت لا يحنث م: (**لأنه يراد به**) ش: أي بالكسوة على تأويل الاكتساء م: (**التمليك**) ش: أي تمليك الثوب م: (**ومنه الكسوة في الكفارة**) ش: أي في كفارة اليمين ، قال الله عز وجل : ﴿ **أو كسوتهم** ﴾ فلو أنه اكسى عشرة أموات عن كفارة يمينه لم يجزه ، لعدم التمليك ، يؤيده أن الرجل لو قال كسوتك هذا الثوب يصير هبة .

قال الأترازي - رحمه الله -: وفيه نظر لا يخفى م: (**وهو**) ش: أي التمليك م: (**من الميت لا يتحقق**) ش: ولهذا لو تبرع عليه أحد بالكفن ثم أكله السبع يعود الكفن إلى المتبرع لا إلى وارث الميت ، ذكره التمرتاشي - رحمه الله - م: (**إلا أن ينوي به**) ش: أي بالكسوة على تأويل الاكتساء م: (**الستر**) ش: فحينئذ يحنث ، لأن فيه تشديدًا عليه ، والميت يستر كالحي .

فإن قيل : الميت مما يكسى الكفن .

قلنا : لا ، ولكن يلبس الكفن ، والإلباس غير الاكتساء ، فإنه لا يبنى على التمليك ، والاكتساء يبنى على التمليك ، يقال كسا الأمير فلانًا ، أي ملكه كسوة ، والإلباس عبارة عن الستر والتغطية ، والميت محل لذلك ، ألا ترى أنه لو حلف لا يلبس فلانًا ثوبًا فهو على الحياة والوفاة جميعًا كذا ذكره قاضي خان والمحبوبي - رحمهما الله - .

م: (**وقيل بالفارسية**) ش: قائله أبو الليث - رحمه الله - أن اليمين المذكور إذا كانت باللغة الفارسية م: (**ينصرف إلى اللبس**) ش: يعني يراد به اللبس ، ولا يراد به التمليك م: (**وكذا الكلام**) ش: وإن حلف لا يكلم فلانًا فكلمه بعد موته لا يحنث م: (**والدخول**) ش: بأن حلف لا يدخل على فلان فدخل عليه بعد ما مات لا يحنث في يمينه م: (**لأن المقصود من الكلام الإفهام**) ش: أي إفهامه فلانًا م: (**والموت ينافيه**) ش: أي ينافي الكلام ، لأن المراد من الكلام الإسماع ، والميت ليس بأهل الإسماع . ألا ترى إلى قوله تعالى: ﴿ **إنك لا تسمع الموتى**﴾ (الروم : الآية ٥٢)، وإلى قوله تعالى: ﴿ **وما أنت بمسمع من في القبور** ﴾ (فاطر: الآية ٢٢) .

فإن قيل : قد روي أنه ﷺ كلم أصحاب القليب يوم بدر حيث سماهم بأسمائهم «**فقال هل وجدتم ما وعد ربكم حقًا ، فقد وجدت ما وعدني ربي حقًا** » .

قلت : أجاب الأكمل : بأن ذلك كان معجزة له ﷺ . وقال الأترازي - رحمه الله - : إنهم لما قالوا يا رسول الله إنهم لا يسمعون ، فقال : إنهم يسمعون كما تسمعون ، - وإنما أراد بهم - وإنهم يعلمون أن الذي قلت لهم حقًا .

قال الكاكي : فإن قيل : قد روي أن قتلى بدر لما ألقوا في القليب قام رسول الله ﷺ على رأس القليب ، وقال هل وجدتم ما وعد ربكم حقًا ، فقال عمرو -رضي الله عنه - أتكلم الميت يا رسول الله؟ ! فقال ﷺ : ما أنتم بأسمع من هؤلاء .

قلنا : هو غير ثابت ، فإنه لما بلغ هذا الحديث عائشة ، قالت : كذبتم على رسول الله ﷺ ، فإنه تعالى قال : ﴿ إنك لا تسمع الموتى ﴾ (الروم : الآية ٥٢) ، ﴿ وما أنت بمسمع من في القبور ﴾ (فاطر : الآية ٢٢) ، على أنه عليه السلام كان مخصوصًا به معجزة له .

وقيل : المقصود به وعظ الأحياء لا إفهام الموتى كما روي عن علي -رضي الله عنه- « أنه إذا أتى المقابر قال ﷺ : « سلام عليكم ديار قوم مؤمنين أما نساؤكم فقد نكحت ، وأما أموالكم فقد قسمت ، وأما دوركم فقد سكنت ، فهذا خبركم عندنا ، فما خبرنا عندكم » ، وكان يقول : « سبيل للأرض من شق أنهارك ، وغرس أشجارك ، وجني ثمارك ، فإن لم تجبك جوابًا بإجابتك اعتبارًا » ، كان ذلك على سبيل الوعظ للأحياء لا للخطاب للموتى .

م: (والمراد من الدخول عليه) ش: أي على فلان م: (زيارته ، وبعد الموت يزار قبره لا هو) ش: أي لا يزار الميت ، لأن المراد من الدخول عليه إكرامه بتعظيمه أو إهانته بتحقيره أو زيارته فلا يتحقق الكل بعد الموت . ولأن الميت كالغائب في حق الأخيار ، ومن طاف بباب رجل لا يعد زائرًا له .

ولو دخل عليه وهو نائم لا يعد زائرًا أولى ، وقال في «شرح الطحاوي » : الأصل في هذا أن في كل بلد [. . . . . .] يقع على الحياة دون الممات كالضرب والجماع والشتم والكسوة والدخول عليه .

وفي «الكافي» : الأصل في هذا أن ما يشارك الميت فيه الحي فاليمين ، وقال على الحالين ، وأما ما اختص به الحي فيتقيد بالحياة . فلو قال : إن ضربتك أو كسوتك أو كلمتك أو دخلت عليك أو قال لامرأته إن وطئتك أو قبلتك فعبده حر يتقيد بالحياة ، حتى لو فعل هذه الأشياء بعد الموت لا يحنث ، والغرض في الوطء والتقبيل لا يتحقق بعد الموت .

فإن قيل : إن النبي ﷺ قَبّل عثمان بن مظعون -رضي الله عنه- بعد ما أدرج في الكفن ، وقبل أبو بكر بين عيني رسول الله ﷺ بعد ما أدرج في الكفن .

ولو قال : إن غسلتك فعبدي حر ، فغسله بعدما مات يحنث ، لأن الغسل هو الإسالة ، ومعناه التطهير ، ويتحقق ذلك في الميت ، ومن حلف لا يضرب امرأته فمد شعرها أو خنقها أو عضها حنث ، لأنه اسم لفعل مؤلم ، وقد تحقق الإيلام ، وقيل: لا يحنث في حال الملاعبة ، لأنه يسمى ممازحة لا ضرباً . ومن قال : إن لم أقتل فلاناً فامرأته طالق، وفلان ميت وهو عالم به حنث ؛ لأنه عقد يمينه على حياة يحدثها الله تعالى فيه ، وهو متصور فينعقد ثم يحنث للعجز العادي.

قلنا : هذا ضرب الشفقة أو التعظيم والموت لا ينافيه ، وتقبيل النساء لإقضاء الشهوة ، فيقيد بالحياة حتى لو كان للشفقة أو التعظيم كما في الولد أو الوالد والعالم . قيل لا يقيد بالحياة .

وقيل يتقيد أيضًا ، لأن الأوهام لا تنصرف إلى تقبيل الميت بخلاف . وإن غسلتك أو حملتك [. . . . . .] ، فلأنها لا تقيد بالحياة ، لأن الغسل يراد به التنظيف والتطهير ، وهذا يتحقق في الميت أشار إليه بقوله :م: (**ولو قال : إن غسلتك فعبدي حر ، فغسله بعد ما مات يحنث ، لأن الغسل هو الإسالة ، ومعناه التطهير ، ويتحقق ذلك في الميت**) ش: ألا ترى أنه يجب غسل الميت بتطهير كيف ينافيه ، ولو صلى على ميت قبل الغسل لم يجز ، وبعده يجوز .

م: (**ومن حلف لا يضرب امرأته فمد شعرها أو عضها أو خنقها حنث ، لأنه**) ش: أي لأن الضرب م: (**اسم لفعل مؤلم ، وقد تحقق الإيلام**) ش: بهذا الفعل ، وكذلك إذا قرصها أو وجأها ، ذكره في الأصل ، وبه قال أحمد ومالك -رحمهما الله- فمالك يعتبر وصول الألم إلى جسمها أو قلبها من سب أو شتم أو غيره ليتحقق الإيلام بها ، وهو المقصود ، وبعض أصحاب الشافعي- رحمه الله- مثل قوله ، وعند الشافعي العض والخنق والقرص ونتف الشعر فليس بضرب ، ولا يشترط فيه الإيلام .

م: (**وقيل لا يحنث في حال الملاعبة ، لأنه يسمى ممازحة لا ضربًا**) ش: قال الكاكي -رحمه الله : وهذا يدل على أنه لو ضربه حال الممازحة لا يحنث .

وقال فخر الإسلام البزدوي - رحمه الله - في شرح «الجامع الصغير» : هذا إذا كان في الغضب ، أما إذا كان يلاعبها فضربها برأسه خطأ منه فأصاب أنفها فأدماه وآلمها لم يحنث ، لأن هذا لا يعد ضربًا .

ونقل في «الخلاصة» عن« المنتقى» : إذا حلف لا يضرب فلانًا فنعص ثوبه فأصاب وجهه ، أو رماه بحجر أو نشابة فأصابه لا يحنث .

م: (**ومن قال : إن لم أقتل فلانًا فامرأته طالق ، وفلان ميت ، وهو عالم به حنث ، لأنه عقد يمينه على حياة يحدثها الله تعالى فيه ، وهو متصور**) ش: يعني يمكن بالنظر إلى قدرة الله م: (**فينعقد**) ش: يمينه عليه م: (**ثم يحنث للعجز العادي**) ش: أي لعجزه عادة عن قتله .

وإن لم يعلم به لا يحنث . لأنه عقد يمينه على حياة كانت فيه . ولا يتصور فيصير قياس مسألة الكوز على الاختلاف . وليس في تلك المسألة تفصيل العلم هو الصحيح.

م: (**وإن لم يعلم به لا يحنث ، لأنه عقد يمينه على حياة كانت فيه ، ولا يتصور**) ش: البر ، فلما لم يتصور البر لم يتصور الحنث م: (**فيصير**) ش: أي حكم هذه المسألة م: (**قياس مسألة الكوز**) ش: إذا حلف إن لم أشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم ، فامرأته طالق م: (**على الاختلاف**) ش: المذكور فيها ، وهو أن عندهما لا يحنث .

وعند أبي يوسف - رحمه الله - يحنث ، كما قال في مسألة الكوز ، لأن تصور البر ليس بشرط عنده ، وقد مر تقريره في باب اليمين في الأكل والشرب .

م: (**وليس في تلك المسألة**) ش: أي في مسألة الكوز م: (**تفصيل العلم**) ش: يعني أنه لا يقال فيها أنه علم أو لم يعلم ، يعني سواء علم عدم الماء في الكوز أو لم يعلم بخلاف قتل فلان ، فإنه إذا علم بموته يحنث ، وإذا لم يعلم بموته لا يحنث م: (**هو الصحيح**) ش: احترز به عن قول المشايخ في العراق ، فإنهم قالوا في مسألة الكوز ، هذا إذا لم يعلم ، يعني عدم الحنث عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - إذا لم يعلم بعدم الماء في الكوز ، فأما إذا علم فيحنث أي يصح يمينه ، فيحنث نقل قولهم فخر الإسلام البزدوي - رحمه الله - في شرح «الجامع الصغير» .

***

باب اليمين في تقاضي الدراهم

قال : ومن حلف ليقضين دينه إلى قريب ، فهو على ما دون الشهر ، وإن قال إلى بعيد ، فهو أكثر من الشهر ، لأن ما دونه يعد قريبًا ، والشهر وما زاد عليه يعد بعيداً ، ولهذا يقال عند بعد العهد ما لقيتك منذ شهر . ومن حلف ليقضين فلاناً دينه اليوم ، فقضاه ثم وجد فلان بعضها زيوفاً أو بنهرجة

م: **(باب اليمين في تقاضي الدراهم)**

ش: أي هذا باب في بيان اليمين بتقاضي الدين ، وإنما خص الدراهم بالذكر دون الدنانير ، لأنها أكثر استعمالاً حتى قدر أقل المهر ونصاب السرقة بها دون الدنانير ، ونقب الباب بتقاضي الدين ، يعني استيفائه وهو الطلب بقضائه ، وذكر مسائله بلفظ القضاء ، وهو الأداء . والقضاء يجيء بمعنى الأداء قال الله تعالى : ﴿ فإذا قضيت الصلاة﴾ (الجمعة : الآية ١٠) ، أي إذا أديت .

م: (قال) ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: **(ومن حلف ليقضين دينه إلى قريب ، فهو على ما دون الشهر ، وإن قال إلى بعيد فهو أكثر من الشهر ، لأن ما دونه يعد قريبًا ، والشهر وما زاد عليه يعد بعيدًا)** ش: وقال الشافعي - رحمه الله - : لا حد لذلك كما قاله في« شرح الأقطع» ، وبيان مذهبه أن مدة القريب والبعيد لا تنفذ بشيء .

وبه قال أحمد - رحمه الله - لوقوعهما على القليل والكثير فمتى قضاه بر ، وإنما يحنث إذا مات قبل أن يقضيه مع التمكن م: (ولهذا) ش: أي ولأجل أن ما زاد على الشهر يعده بعيداً م: **(يقال عند بعد العهد ما لقيتك منذ شهر)** ش: وهذا فيما إذا لم ينو ، أما إذا نوى . فهو على ما نوى بدليل ما ذكره في «الأجناس» .

وقال : لو حلف والله لا أكلمك قريبًا ، فهو على أقل من شهر بيوم ، ثم قال أبو حنيفة - رحمه الله : إن نوى أكثر من شهر يدين في القضاء وفي «فتاوى الولوالجي» : لو قال : لأعطين حقك عاجلاً ، وهو ينوي وقتًا ، فهو على ما نوى ، وإن نوى سنة ، لأن الدنى كلها قريب عاجل .

فإن قيل : ما من زمان إلا وهو قريب ، بالإضافة إلى ما هو فوقه ، وبعيد بالإضافة إلى ما هو دونه ، فلم يدل دليل على إرادة البعض دون البعض .

وأجيب : بأنا لا نسلم عدم الدلالة ، وكيف لا يدل والعرف دليل يمينه ، ومبنى الأيمان على العرف .

م: **(ومن حلف ليقضين فلانًا دينه اليوم فقضاه ، ثم وجد فلان بعضها)** ش: أي بعض دراهم الدين م: **(زيوفًا)** ش: جمع زيف ، وهو ما زيفه بيت المال ، ولكن يروج فيما بين التجار ، وهو من زافت عليه دراهم ، أي صارت مردودة عليه م: **(أو بنهرجة)** ش: قال الأترازي : البنهرج ما

أو مستحقة لم يحنث الحالف ، لأن الزيافة عيب ، والعيب لا يعدم الجنس . ولهذا لو تجوز به ، صار مستوفياً فوجد شرط البر ، وقبض المستحقة صحيح . ولا يرتفع برده البر المتحقق وإن وجدها رصاصاً أو ستوقة

يهرجه التجار لغش فيه وهو أردى من الزيف .

وقال الكاكي : قيل البهرجة لفظة أعجمية معربة ، وأصلها بنهرجة ، وهو الخط ، يعني خط هذه الدراهم من الفضة أقل ومن الغير أكثر مما يوجد في دار الضرب .

وفي «المبسوط» : البنهرجة ما يهرجه التجار والتسامح منهم تجويزه . والمستفضي منهم لا يجوز به لغش فيه م: **(أو مستحقة)** ش: أي أو وجدها فلان مستحقة استحقها شخص ينيب م: **(لم يحنث الحالف)** ش: وقال الشافعي - رحمه الله - بقولنا .

وقال مالك - رحمه الله - : حنث . قال اللخمي -من أصحابه- هذا مراعاة اللفظ ، أما بالنظر إلى القامة لا يحنث م: **(لأن الزيافة عيب)** ش: وفي «المغرب» : قياس مصدره الزيوف ، وأما الزيافة لغة الفقهاء - رحمهم الله - م: **(والعيب لا يعدم الجنس)** ش: يعني اسم الدراهم لا يزول بهذه الأوصاف لأنها غير العيب لا يعدم الجنس .

م: **(ولهذا)** ش: أي ولأجل عدم زوال اسم الدراهم بهذه الأوصاف م: **(لو تجوز به)** ش: أي لو تسامح القابض بالدراهم الزيوف والبنهرجة م: **(صار مستوفيًا)** ش: حقه .

وكذا لا تجوز بها في رأس مال المسلم وبدل الصوم فيجوز ولو فات بذلك اسم الدراهم لكان يفسد ألا وهو حرام فيهما م: **(فوجد شرط البر)** ش: فلا يحنث .

م: **(وقبض المستحقة صحيح)** ش: حتى لو أجازت المستحق جاز وعند عدم الإجازة ينفسخ القبض .

وكذا لو أجازه المستحق في الصرف والسلم بعد الافتراق جاز فيوجد شرط البر فيه .

م: **(ولا يرتفع برده)** ش: أي برد ما قضى من الزيوف والبهرجة أو المستحقة م: **(البر المتحقق)** ش: لأن شرطه البر ، لا يحتمل الإنقاض لأن اليمين لما انحلت بوجود الشرط لم يقل الفسخ ، والإنقاض كالكتابة فإن مولى المكاتب إذا رأى البدل لكونه زيوفًا أو بهرجة أو استرد بالاستحقاق لا ينقض العتق ، بخلاف قضاء الدين ، فإنه ينقض برد القيود بعيب ، أو الاستحقاق لأن بناء القامة وقد زالت .

م: **(وإن وجدها رصاصًا أو ستوقة)** ش: بفتح السين فارسية معربة ومعناها ثلاث طاقات ، لأنها صفر مموه من الجانبين بالفضة ، وقيل ، المستوقة أردى من البنهرجة .

حنث ،لأنهما ليسا من جنس الدراهم ، حتى لا يجوز التجوز بهما في الصرف والسلم، وإن باعه بها عبداً وقبضه بر في يمينه ، لأن قضاء الدين طريقه المقاصة وقد تحققت بمجرد البيع فكأنه شرط القبض ليتقرر به ، وإن وهبها له يعني الدين ، لم يبر لعدم المقاصة

وعن« الكرخي» : المستوقة عندهم ما كان الصفر أو النحاس غالبًا م: (**حنث**) ش: . وبه قال الشافعي - رحمه الله - ومالك - رحمه الله - م: (**لأنهما**) ش: أي لأن الرصاص الستوقة م: (**ليسا من جنس الدراهم حتى لا يجوز التجوز بهما في الصرف والسلم**) ش: أي حتى لا يجوز التسامح بهما في ثمن الصرف، وكذا في السلم لأنها ليست من جنس الدراهم .

ولهذا لو وجد مولى المكاتب بدل الكتابة رصاصًا أو ستوقة ، لا يعتق المكاتب . وكذا قال الشيخ أبو المعين النسفي - رحمه الله - وذكر التمرتاشي لو أدى المكاتب بدل الكتابة وحكم بعتقه ثم وجد البدل ستوقة لم يعتق ، ولو وجد زيوفًا أو بنهرجة أو مستحقة لم يبطل العتق .

م: (**وإن باعه بها عبدًا**) ش: أي وإن باع الحالف المديون رب الدين بالدراهم التي لرب الدين عبدًا م: (**وقبضه**) ش: أي قبض العبدين رب الدين م: (**بر في يمينه**) ش:أي بر الحالف في يمينه لأنه قضى دينه ، لأن قضاء الدين طريقه المقاصة م: (**لأن قضاء الدين طريقه المقاصة، وقد تحققت بمجرد البيع**) ش: فيحتمل القضاء في يمينه بيانه أن حق رب الدين في الدين لا في العين ، والقضاء لا يتحقق في نفس الدين لأنه وصف ثابت في الذمة ، ولكن ما يقتضيه رب الدين من العين يصير مضمونًا عليه ،لأنه قبض على جهة التملك ، فكان دينًا عليه للمديون ، ولرب الدين على المديون مثله ، فاكتفى الإتيان قصاصًا .

وهذا معنى قول أصحابنا : المديون يقضي بأمثالها لا بأعيانها فلا يحقق انفساخه بمجرد البيع قبض الدين العبد أو لم يقبض ، ولكن قيد القبض وقع في رواية «جامع الصغير» ، أشار إليه المصنف - رحمه الله بقوله : م: (**فكأنه**) ش: أي فكأن محمد - رحمه الله - م: (**شرط القبض**) ش: في رواية« الجامع» م: (**ليتقرر به**) ش: أي ليتأكد البيع بالقبض ، لأن المبيع إذا هلك قبل القبض ينفسخ البيع ، لكن لا يرتفع البر لأنه لا يقبل الانتقاض ، هذا الذي ينافي البيع الصحيح . أما في البيع الفاسد إذا قبض العبد .

فإن كان في قيمته وفاء بالحق بر وإلا حنث لأنه مضمون بالقسمة م: (**وإن وهبها**) ش: أي وإن وهب المداين دراهم الدين م: (**له**) ش: للمديون ، وفسره بقوله م: (**يعني الدين لم يبر**) ش: لأنه شرط البر القضاء ولم يوجد م: (**لعدم المقاصة**) ش: قال الكاكي : - رحمه الله - قوله لم يبر قولهم أنه يحنث ، بل معناه لم يبر ولم يحنث أيضًا عندهما خلافًا لأبي يوسف - رحمه الله - لفوات المحلوف عليه وهو الدين كما في مسألة الكوز ، لأن قوله لم يبر أعم من قوله يحنث ، ومن قوله تبطل اليمين فحمل على الثاني تصحيحًا لكلامه .

لأن القضاء فعله ، والهبة إسقاط من صاحب الدين . ومن حلف لا يقبض دينه درهماً دون درهم فقبض بعضه لم يحنث حتى يقبض جميعه متفرقاً ، لأن الشرط قبض الكل، لكنه بوصف التفرق ألا ترى أنه أضاف القبض إلى دين معرف مضاف إليه ، فينصرف إلى كله ، فلا يحنث إلا به ، فإن قبض دينه في وزنين ولم يتشاغل بينهما إلا بعمل الوزن لم يحنث ،وليس ذلك بتفريق . لأنه قد يتعذر قبض الكل دفعة واحدة عادة ، فيصير هذا القدر مستثنى عنه

وقال الأترازي - رحمه الله - : فيه نظر ، لأنه حينئذ يلزم منه ارتفاع النقيضين، وهو فاسد لأن البر نقيض الحنث ، فمن وجود أحدهما يلزم ارتفاع الآخر ، ومن ارتفاع أحدهما يلزم وجود الآخر فلا يجوز أن يرتفعا جميعًا .

وقال الأكمل - رحمه الله - ردًا عليه : ليسا بنقيضين على اصطلاح أهل المعقول وغير الحالف لا يتصف بأحدهما و شأن النقيضين ليس كذلك ، فإذا بطل اليمين بفوات تصور البر صار كغير الحالف من الناس ، فيجوز أن لا يتصف بواحد منهما .

وقيل : ذكر اليوم في وضع المسألة وقع سهوًا من الكاتب . وذكر البزدوي والسرخسي وأبو المعين هذه المسألة مطلقة غير مؤقتة باليوم .

وفي «المحيط» ولو أبراه أو وهبه لم يحنث ، وكذا لو حلف لا يفارق غريمه حتى يستوفي الدين ، فوهبه وأبراه لم يحنث عندهما ، خلافًا لأبي يوسف - رحمه الله - ، وبه قال الشافعي وأحمد - رحمه الله .

م: (**لأن القضاء فعله**) ش: أي ولأن القضاء فعل المديون بالإبراء أو الهبة م: (**والهبة إسقاط من صاحب الدين**) ش: يعني الهبة فعل الدين بالإبراء ، وهو إسقاط منه ، فلا يكون فعل أحدهما فعلاً للآخر ، فلا يبر المديون بفعل الدائن .

م: (**ومن حلف لا يقبض دينه درهمًا دون درهم فقبض بعضه لم يحنث حتى يقبض جميعه متفرقًا لأن الشرط قبض الكل**) ش: أي لأن شرط الحنث قبض كل الدين متفرقًا ، وهو معنى قوله م: (**لكنه بوصف التفرق ألا ترى أنه أضاف القبض إلى دين معرف**) ش: حيث قال : لا يقبض دينه م: (**مضاف إليه**) ش: أي إلى الدين م: (**فينصرف إلى كله فلا يحنث إلا به**) ش: أي بالشرط المذكور وهو قبض الكل متفرقًا ولو قبض في أول الشهر بعضه وفي آخره بعضه حنث لوجود الشرط بخلاف التفريق الضروري أشار إليه بقوله : م: (**فإن قبض دينه في وزنين ولم يتشاغل بينهما إلا بعمل الوزن لم يحنث وذلك ليس بتفريق ، لأنه قد يتعذر قبض الكل دفعة واحدة عادة فيصير هذا القدر مستثنى عنه**) ش: هذا الذي ذكره القدوري - رحمه الله - استحسانًا والقياس أن يحنث .

كذا ذكر أبو المعين النسفي - رحمه الله - في شرح «الجامع الكبير» ، وبالقياس قول زفر - رحمه الله - لأن شرط الحنث قبض الكل متفرقًا ، وقد حصل ذلك لما وزن خمسين فدفعها إليه ،

ومن قال : إن كان لي إلا مائة درهم فامرأته طالق ، فلم يملك إلا خمسين درهما لم يحنث ، لأن المقصود منه عرفاً نفي ما زاد على المائة ، ولأن استثناء المائة استثناؤها بجميع أجزائها . وكذلك لو قال غير مائة أو سوى مائة ؛ لأن كل ذلك أداة الاستثناء.

ثم وزن خمسين أخرى فدفعها إليه لأنه حصل قبض الكل بصفة التفريق .

وجه الاستحسان أن الناس يعدون هذا قبض الجملة دفعة واحدة ، فيقولون قبض فلان حقه دفعة واحدة ، والحال إذا كثر لا يمكن قبضه إلا بهذه الطريق ، فصار هذا القدر من التفرق مما لا يمكن الامتناع منه فيجعل مستثنى عن اليمين لا بدلالة الحال، وهو نظير لا أسكن هذه الدار وهو ساكنها .

م: (**ومن قال إن كان لي إلا مائة درهم فامرأته طالق ، فلم يملك إلا خمسين درهمًا لم يحنث ، لأن المقصود منه عرفًا ، نفي ما زاد على المائة**) ش: وشرط الحنث ما زاد على المائة ، فلم يوجد الشرط فيما دون المائة فلم يحنث م: (**ولأن استثناء المائة استثناؤها بجميع أجزائها**) .

ش: وكذا لأن مستثنى المائة يكون مستثناه للخمسين ضرورة ، لأن الاستثناء لا يكون إلا بجميع أجزائها ، والخمسون من أجزائها .

م: (**وكذلك لو قال : غير مائة أو سوى مائة، لأن كل ذلك أداة الاستثناء**) ش: لأن حكم لفظ غير ولفظ سوى حكم الأدنى وفي «الجامع الكبير» : لو قال : عبدي حر إن كنت لا أملك إلا خمسين درهمًا ، فلم يملك إلا عشرة لم يحنث لأنها بعض المستثنى ، ولو ملك زيادة على خمسين أو كان من جنس مال الزكاة ، وحلف ما لي مال ، يحنث بمال الزكاة .

وعند الشافعي - رحمه الله - يحنث بكل مال وعند مالك - رحمه الله - المال هو الذهب والفضة .

* * *

مسائل متفرقة

وإذا حلف لا يفعل كذا تركه أبداً ، لأنه نفى الفعل مطلقاً فعم الامتناع ضرورة عموم النفي ، وإن حلف ليفعلن كذا فـفعله مـرة واحدة بر في يمينه،لأن الملـتزم فعل واحـد غيـر عين إذ المقام مـقام الإثبـات ، فيبـر بأي فعـل فعله ، وإنما يحنث لوقـوع اليأس عنه وذلك بمـوته أو بـفـوت مـحـل الـفـعـل

م: (**مسائل متفرقة**)

ش: أي هذه مسائل متفرقة ، وارتفاع مسائل على أنه خبر مبتدأ محذوف إلى هذه مسائل ، ومتفرقة صفتها ومعناها من مواضع شتى ، وقد جرت عادة المصنفين - رحمهم الله - بأن يذكروا ما شذ من المسائل في كل كتاب في آخر أبوابه استداركًا له .

م: (**وإذا حلف لا يفعل كـذا تركه أبدًا لأنه نفى الفـعل مطلقًا فـعم الامتناع**) ش: أي الامـتناع في الفعل أبدًا م: (**ضرورة عـموم النفي**) ش: لأن قوله لا يفعل بمقتضى مصدره أنكره ، فدلالته على المصدر ظاهرًا ، لأنه لا ينفك عنه . وأما كونه نكرة ، فهو الأصل ، لأن المعرفة تعارض النكرة ، وإذا وقعت في موضع النفي تعم ، فإذا فعل بوجه من الوجوه ووقت من الأوقات حنث .

م: (**وإذا حلف ليفـعلن كذا فـفعله**) ش: أي فعل ذلك الفعل م: (**مـرة واحـدة بر في يمينه ، لأن الملتزم**) ش: بفتح الزاي أي الذي التزمه الحالف م: (**فعل واحد غير عين**) ش: أي غير معين ، نـحو قوله ليصلين أو ليصومن أو ليحجن أو ليتصدقن ، فإنه إذا فعل ذلك الشيء من هذه الأشياء مرة واحدة بر في يمينه م: (**إذ المقام مقـام الإثبات**) ش: لأن النكرة في موضع الإثبات لا تعم فتجزئ بأدنى ما يطلق عليه اسم المحلوف عليه ، سواء فعله مختارًا أو مكرهًا أو ناسيًا بطريق الوكالة وهو معنى قـوله م: (**فـيبـر بأي فعـل فعله وإنما يحنـث لوقوع اليـأس عنه**) ش: أي عن ذلـك الفـعل . م: (**وذلك**) ش: أي اليأس منه م: (**بموته**) ش: أي بموت الحـالف م: (**أو بفوات مـحل الفعل**) ش: وهو المحلوف عليه ، كما إذا حلف لآكلن هذا الرغيف ، أو لأبصرن البصرة ، فإن مات هذا حنث . قال صاحب« التحفة » ويجب عليه الكفارة ويرضى بها إذا كان الهالك هو الحالف .

قال الكاكي - رحمه الله - : هذا الذي ذكره فيما إذا عقد يمينه مطلقًا ، أما إذا عقده مؤقتًا ، فـلا يحنث قبل مضي ذلك الوقت ، وإن وقع اليـأس بموته يفـوت المحل ، لما أن الوقت مـانع من الانحلال ، إذ لو انحل قبل مضي الوقت ، لم يكن للوقت فائدة كذا في «الإيضاح» .

وقـال الأترازي - رحمه الله - : ومعنى قوله لا يفعل كذا تركه أبدًا فـيما إذا كـانت اليمين مطلقة . أما إذا كانت مؤقتة بزمان ، كاليوم والشهر ، فيتوقت يمينه بذكر الزمان ، فبعد ذلك تنحل يمينه ، ولا يلزم ترك الفعل بعد ذلك الزمان .

وإذا استحلف الوالي رجلاً ليعلمنه بكل داعر دخل البلد . فهو على حال ولايته خاصة لأن المقصود منه دفع شره أو شر غيره بزجره . فلا يفيد فائدته بعد زوال سلطنته ، والزوال بالموت وكذا بالعزل في ظاهر الرواية ، ومن حلف أن يهب عبده لفلان ، فوهبه ولم يقبل فقد بر في يمينه خلافاً لزفر - رحمه الله -

---

وأما التوقيت في الإثبات كقوله: والله لآكلن هذا الرغيف اليوم ، فإنه لا يحنث ما دام الحالف والمحلوف عليه قائمين . واليوم باق ، أما إذا قضي اليوم يحنث ، وإن كان قائمين بفوات البر لفوات الوقت المعين . وأما إذا هلك الحالف قبل مضي اليوم لا يحنث بالاتفاق ، وإن هلك المحلوف عليه وهو الرغيف قبل مضي اليوم ، أجمعوا أنه لا يحنث في الحال ، فإذا مضى اليوم اختلفوا . قال أبو حنيفة ومحمد - رحمهما الله -: لا يحنث في يمينه . وقال أبو يوسف - رحمه الله -: يحنث ، وتجب الكفارة ، لأن تصور البر ليس بشرط عنده خلافًا لهما.

م: (**وإذا استحلف الوالي**) ش: بتشديد اللام من التحليف م: (**رجلاً ليعلمنه**) ش: من الإعلام م: (**بكل داعر دخل البلد**) ش: وفي بعض النسخ مكان كل داعر ، «والداعر» بالدال والعين المهملتين ، على وزن فاعل وهو الخبيث المفسد من الناس ، وجمعه دعار من الدعر ، وهو الفساد.

يقال دعر العود تدعر دعرًا من باب علم يعلم إذا فسد م: (**فهو على حال ولايته خاصة**) ش: أي يفيد اليمين على حال ولايته ، وبه قال الشافعي - رحمه الله - : في قول، وأحمد - رحمه الله - في رواية .

م: (**لأن المقصود منه**) ش: أي لأن غرض المستحلف من هذا م: (**دفع شره أو شر غيره**) ش: أي دفع الداعر أو دفع غيره أي غير الداعر م: (**بزجره**) ش: أي بزجر الداعر ، يعني لو زجر الداعر ينزجر غيره من الرعاة م: (**فلا يفيد فائدته**) ش: أي فائدة الزجر م: (**بعد زوال سلطنته**) ش: أي سلطنة هذا الوالي ، أي شوكته وقدرته على ما بطلت منه م: (**والزوال بالموت**) ش: أي بموت هذا الوالي م: (**وكذا بالعزل**) ش: أي بعزله .

م: (**في ظاهر الرواية**) ش: عن أصحابنا وهي رواية الزيادة ، وعن أبي يوسف - رحمه الله أنه يجب الرفع إليه بعد العزل . وبه قال الشافعي - رحمه الله - في قول ، وأحمد - رحمه الله - في رواية لأنه يفيد في الجملة لاحتمال أن يولى ثانيًا ، فيؤدي الداعر عينه يبطل الدفع بقوله لا بموته . وكذلك السلطان إذا حلف رجلاً أن لا يخرج من الكورة إلا بإذنه ، فهو على حال ولايته كذا في «الزيادات».

م: (**ومن حلف أن يهب عبده لفلان ، فوهبه ولم يقبل**) ش: أي الموهوب له م: (**فقد بر في يمينه**) ش: أي لم يحنث م: (**خلافًا لزفر -رحمه الله-**) ش: فإنه يحنث عنده .

فإنه يعتبره بالبيع ، لأنه تمليك مثله ، ولنا أنه عقد تبرع فيتم بالمتبرع ، ولهذا يقال وهب . ولم يقبل ولأن المقصود إظهار السماحة ، وذلك يتم به . وأما البيع فمعاوضة ، فاقتضى الفعل من الجانبين ، ومن حلف لا يشم ريحاناً فشم ورداً أو ياسميناً لا يحنث ، لأنه اسم لما لا ساق له ولهما ساق .

وفي «الكافي » : حلف ليهب عبده لفلان فوهبه له ولم يقبل ، وإن كان الموهوب له غائبًا لم يحنث إجماعًا ، وإن كان حاضراً حنث استحسانًا ، وبه قال أحمد والشافعي - رحمه الله - في قول ، وقال زفر - رحمه الله - : لا يحنث . وبه قال الشافعي - رحمه الله - : في قول بدون القبول .

وفي قول لم يقبل ويقبض وعلى هذا الخلاف الإعارة والصدقة والإقرار والوصية ذكره في «جامع البكري» وفي الكفارة .

وكذا القرض في رواية عن أبي يوسف - رحمه الله - قبول المستقرض شرط ، لأن الغرض في حكم المعارضة م: (**فإنه**) ش: أي فإن زفر - رحمه الله - م: (**يعتبره**) ش: أي يعتبر عقد الهبة م: (**بالبيع لأنه تمليك مثله**) ش: فلا يتم إلا بالقبول .

م: (**ولنا أنه**) ش: أي أن الهبة باعتبار الوهب م: (**عقد تبرع فيتم بالمتبرع ولهذا يقال وهب ولم يقبل**) ش: ولا يقال باع ولم يقبل ، يعني لا يسمى تبعًا ما لم يوجد القبول م: (**ولأن المقصود**) ش: من الهبة م: (**إظهار السماحة**) ش: أي الكرم م: (**وذلك**) ش: أي إظهار السماحة م: (**يتم به**) ش: أي بالحالف الواهب .

م: (**وأما البيع**) ش: جواب عن قول زفر ، يعني أما البيع فليس كذلك ، لأن مبادلة المال بالمال ، وهو معنى قوله م: (**فمعاوضة فاقتضى الفعل من الجانبين**) ش: أي من جانب البائع وجانب المشتري .

م: (**ومن حلف لا يشم ريحانًا فشم وردًا أو ياسمينًا لا يحنث لأنه**) ش: أي لأن للريحان م: (**اسم لما لا ساق له ولهما**) ش: أي وللورد وللياسمين م: (**ساق**) ش: الريحان في اللغة كل ما طلب ريحه من النبات وهذا يتناول الورد والياسمين كما هو مذهب أحمد - رحمه الله - ولكن عند الفقهاء الريحان ما بساقه رائحة طيبة كالورسة وكالآس والورد ما لورقه رائحة طيبة فحسنة كالياسمين . كذا ذكره صاحب «المغرب» .

وقال الفقيه أبو الليث - رحمه الله - : في شرح «الجامع الصغير» : روى هشام عن محمد رحمه الله - أنه قال : كل ما حضر فهو ريحان مثل الآس والشاهفرم ونحو ذلك وما سوى ذلك ليس بريحان .

وقال الأترازي - رحمه الله - : وعلل فخر الإسلام - رحمه الله - في شرح «الجامع

ولو حلف لا يشتري بنفسجاً ولا نية له ، فهو على دهنه اعتباراً للعرف ، ولهذا يسمى بائعه بائع البنفسج ، والشراء يبتني عليه ، وقيل في عرفنا يقع على الورق وإن حلف على الورد فاليمين على الورق لأنه حقيقة فيه ، والعرف مقرر له ، وفي البنفسج قاض عليه .

الصغير» بقوله : لأن الريحان اسم لما يقوم على ساق من البقول مما له رائحة طيبة ، وهو موضوع ذلك لغة ، وقلده الصدر الشهيد وصاحب «الهداية» ، ثم قال : والياسمين والورد لهما ساق .

ثم قال الأترازي : - رحمه الله - ولنا فيه نظر ، لأنه لا يثبت في قوانين اللغة الريحان بهذا التفسير أصلاً ، ولئن صح ما قالوا كان ينبغي أن لا يحنث بالآمر ، لأنه له ساق وليس من البقول أيضًا ، وقد نص الحاكم - رحمه الله - على أنه يحنث انتهى .

قلت : نظره وارد في هذا؛ لأن في البلاد المصرية ينبت ريحان وله ساق قدر نصف ذراع ، وأيضًا الأيمان بنيته على العرف لا على اللغة ينبغي أن يحنث إذا شم وردًا أو ياسمينًا ، ونظرنا إلى اللغة لأن جماعة من أهل اللغة قالوا : كل ما طاب ريحه من النبات فهو ريحان ، فعلى هذا يطلق على الورد والياسمين والريحان .

م: (**ومن حلف لا يشتري بنفسجًا ولا نية له فهو على دهنه اعتبارًا للعرف**) ش: لأن الأيمان محمولة على معاني كلام الناس .

وفي عرفهم إذا ذكر بنفسج يراد به دهنه لا ورقه م: (**ولهذا**) ش: أي ولأجل اعتبار العرف م: (**يسمى بائعه بائع البنفسج والشراء يبتنى عليه ، وقيل في عرفنا يقع على الورق**) ش: وفيه نظر لا يخفى ويؤيده قوله : وقيل في عرفنا يقع على الورق ، وقال الفقيه أبو الليث : هذا عند أهل العراق ، فأما في بلادنا ، فلا يقع على الدهن إلا أن ينوي . وقال الشافعي - رحمه الله - وأحمد - رحمه الله - : لا يحنث بشراء دهنه اعتباراً بحقيقة اللفظ ، ولو اشترى ورق البنفسج لم يحنث ، خلافًا للشافعي - رحمه الله - وأحمد - رحمه الله ، وذكر الكرخي - رحمه الله - أنه يحنث أيضًا .

م: (**وإن حلف على الورد فاليمين على الورق لأنه حقيقة فيه**) ش: أي لأن الورد حقيقة في العرف م: (**والعرف مقرر له**) ش: أي العرف أيضًا يقرر لوقوع الحقيقة ، أو لكون الحقيقة، مرادة له .

م: (**وفي البنفسج قاض عنه**) ش: أي غالب عليه على وقوع الحقيقة ، فلا يقع على ورقه، لأن مبنى الأيمان على العرف لا على الحقيقة .

وقال مشايخنا - رحمهم الله : والبنفسج والورد يقعان على الورق عرفًا، قاله الكاكي- رحمه الله - وهو الصواب والأوجه والله أعلم .

* * *

كتاب الحدود

قال : الحد لغـة هو المنع ، ومنه الحداد للبواب ، وفي الشريعـة : هو العقوبة المقدرة حـقاً لله تعالى حتى لا يسمى القصاص حدا لأنه حق العبد ولا التـعزير حداً لعدم التقدير ، والمقصد الأصلي من شرعه الانزجار عما يتضرر به العباد . والطهارة ليست أصلية فيه ، بدليل شرعيته في حق الكافر .

قال : الزنا يثبت بالبينة والإقرار ، والمراد ثبوته عند الإمام

م: (كتاب الحدود)

ش: أي هذا الكتاب في بيان أحكام الحدود . وجه المناسبة بين البابين من حيث إن في الأيمان الكفارة التي هي دائرة بين العبادة والعقوبة ، والحدود من العقوبات المحضة والحدود جمع حد .

م: (**قال**) ش: أي المصنف: م: (**الحد لغة**) ش: أي معنى الحد في اللغة م: (**هو المنع**) ش: يقال : حد عن كذا وكذا ، أي منع عنه وبه سمي السجان حداً ولمنعه المحبوسين عن الخروج م: (**ومنه الحداد للبواب**) ش: أي ومن هذا المعنى .

قيل للبواب حدًا ولمنعه الناس عن الدخول في الدار التي هو باب فيها وسمي المعرف للشيء حد ، لأنه يمنع الخارج عن الحدود عن الدخول.

م: (**وفي الشريعة هو**) ش: أي الحد م: (**العقوبة المقدرة حقًا لله تعالى**) ش: ينوي بها حق الله تعالى م: (**حتى لا يسمى القصاص حدًا لأنه حق العبد**) ش: بدلالة جواز العفو والاعتياض م: (**ولا التعزير حدًا**) ش: أي ولا يسمى التعزير حدًا أيضًا م: (**لعدم التقدير فيه**) ش: أي ليس يقدر هذا على ما عليه عامة أصحابنا - رحمهم الله .

وقال صدر الإسلام البزدوي - رحمه الله - في «مبسوطه» : والقصاص سمي حدًا أيضًا ، وحدود الشرع موانع قبل الوقوع وزواجر بعده ، أعني عن القصد المنهي عنه م: (**والمقصد الأصلي من شرعه**) ش: أي القصد الكلي من مشروعية الحد م: (**الانزجار عما يتضرر به العباد**) ش: في النفس والعرض والمال ، ففي حد الزنا صيانة النفس ، وفي حد القذف صيانة العرض ، وفي حد الربا صيانة المال .

م: (**والطهارة ليست بأصلية فيه**) ش: أي في الحد م: (**بدليل شرعيته**) ش: أي مشروعيته م: (**في حق الكافر**) ش: وهذا يوجب الحد على الذي زنا ، ويطهر عن الذنب بإجراء الحد عليه ، فعلم أن المقصود من الحد الانزجار لا الطهر .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - م: (**الزنا يثبت بالبينة والإقرار**) ش: هذا لفظ القدوري - رحمه الله - في «مختصره» .

قال صاحب« الهداية» - رحمه الله -: م: (**والمراد ثبوته عند الإمام**) ش: أي الحاكم ، إنما

لأن البينة دليل ظاهر ، وكذا الإقرار لأن الصدق فيه مرجح ، لا سيما فيما يتعلق بثبوته مضرة ومعرة ، والوصول إلى العلم القطعي متعذر ، فيكتفى بالظاهر . قال : فالبينة أن يشهد أربعة من الشهود على رجل وامرأة بالزنا لقوله تعالى : ﴿فاستشهدوا عليهن أربعة منكم﴾ (النساء:الآية١٥) وقال الله تعالى :

قال ذلك لأن ثبوت الزنا في نفس الأمر لا يقف على وجود البينة أو الإقرار ، لأنه أمر حسي يوجد ، وإن لم يوجد أو قد يوجدان ولا يوجد الزنا لاحتمال الكذب فيهما ، فحصل الانفكاك بين الزنا وبينهما وجوداً وعدماً . فالقاضي مأمور بالحكم [بما] ثبت عنده من الظاهر ، فلأجل هذا يشترط ثبوته عند الإمام بالبينة والإقرار م: (**لأن البينة دليل ظاهر**) ش: **لأن الله تعالى قال: ﴿فاستشهدوا عليهن أربعة منكم﴾** (النساء : الآية ١٥) .

م: (**وكذا الإقرار**) ش: دليل ظاهر م: (**لأن الصدق فيه مرجح**) ش: على الكذب م: (**لا سيما**) ش: أي خصوصاً م: (**فيما يتعلق**) ش: أي في الشيء الذي يتعلق م: (**بثبوته مضرة**) ش: أي ضرر ظاهر متصل ببدن المقر من[. . .] الحد عليه م: (**ومعرة**) ش: أي عار تلحقه بانتسابه إلى الزنا والعار أشد من النار . وفي «ديوان الأدب» المعرة المساءة والأذى مفعلة من العر وهو الجرب ، وفي «الصحاح » المعرة الاسم واعلم أن الزنا بمد وقصر ، فالقصر لأهل الحجاز ، والمد لأهل نجد. قال[. . . .] وهو من يهجو بشعره أبا حاضر :

من يزن يعرف زناه ومن يشرب الخرطوم يصبح سكرانًا

بفتح الكاف من التسكير ، وهو المخمور ، والخرطوم اسم من أسماء الخمر ، والنسبة إلى المقصور زنوي وإلى الممدود زناوي . وربما يظهر أن معنى الزنا في اللغة : البغي ، وفي الشرع : الزنا قضاء المكلف شهوته في قبل امرأة خالية عن الملكين ، وشبهتهما وشبهة الاشتباه ، ويمكن المرأة من ذلك ، واختير لفظ القضاء إشارة إلى أن مجرد الإيلاج زنا ولهذا يجب فيه الغسل هدياً للمكلف ليخرج الصبي والمجنون . والمراد بالملكين ملك النكاح وملك اليمين ، وشبهة النكاح وهي ما إذا وطئ امرأة تزوجها بغير شهود أو بغير إذن مولاها وما أشبه ، أو شبهة ملك اليمين ما إذا وطئ جارية ابنه أو مكاتبه أو عبده المأذون، وشبهة الاشتباه ، فإذا وطئ الابن جارية أبيه على ظن أنها تحل له .

م: (**والوصول إلى العلم القطعي**) ش: بغير الوصول إلى ثبوته إلى العلم القطعي م: (**متعذر**) ش: لأنه أمر مبناه على الإخفاء والستر م: (**فيكتفى بالظاهر**) ش: البينة والإقرار .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - م: (**فالبينة أن يشهد أربعة من الشهود على رجل وامرأة بالزنا . لقوله تعالى ﴿فاستشهدوا عليهن أربعة منكم﴾ (النساء : الآية ١٥) . وقال الله تعالى :**

﴿ثم لم يأتوا بأربعة شهـداء﴾ (النور:الآية٤) ، وقال عليه السلام للذي قـذف امرأته : ائت بأربعة يشهـدون على صدق مقـالتك ، ولأن في اشتـراط الأربعة يتحـقق معنى السـتـر وهو مندوب إليه والإشاعة ضده

﴿ثم لم يأتوا بأربعـة شـهداء ﴾ (الـنور : الآية ٤) ، وقال علـيه السـلام :) ش: أي قـال النبي ﷺ : م: **(للذي قـذف امرأته ائت بأربعـة شهـداء يشهدون عـلى صدق مقـالتك)** ش: هذا الحـديث بهـذا اللفظ غريب .

وبمعناه مـا رواه أبو يعلى الموصلي في «مسنده » من حديث ابن سيرين عن أنس بن مالك قال: أول لعان كان في الإسلام أن شريك بن سحماء قذفه هلال بن أمية بامرأته فرفعه إلى النبي ﷺ فقال له رسول الله ﷺ : أربعة شهداء يشـهدون وإلا فحد في ظهرك ، قال : يا رسول الله ﷺ إن الله تعالى يعلم أني لصادق ولينزلن الله عليك ما يبرئ ظهري من الحد ، فأنزل الله تعالى آية اللعان ولاعن النبي ﷺ ، وفرق بينهما . وأخرجه البخاري في «اللعان» عن ابن عباس -رضي الله عنهـما - ، أن هـلال بن أمية قذف امرأته بشريك بن سحمـاء ، فقال النبي ﷺ :« **البينة وإلا فحد في ظهرك** » .

م: **(ولأن في اشتـراط الأربعة)** ش: هذا احتراز عن قوله البعض ، فإنهم يقولون إنما اشترط الأربع للزنا لا يتم إلا بآيتهن ، وفعل كل واحد لا يثبت إلا بشـهـادة شاهدين . قـال المصنف : ليس كذلك بل هي في اشتراط الأربع م: **(تحقيق معنى الستر وهو)** ش: أي الستر م: **(مندوب إليه)** ش: لما روى الترمذي - رحمه الله - من حديث أبي هريرة -رضي الله عنه- قال : قال رسول الله ﷺ: « **من ستر على مسلم ستره الله في الدنيا والآخرة** »[(١)] .

والشـرط في الأربع من الرجال : أن يكونوا أحرارًا ، عـدولاً ، بالغين ، فـلا تقبل شـهـادة الرجال مع النساء ، ولا يقبل فيه كتاب القاضي ولا الشهادة على الشـهادة م: **(والإشاعة)** ش: أي إظهار الزنا م: (ضده) ش: أي ضد الستر . فلما كـان الستر مندوبًا ، كانت الإشـاعـة مكروهة ، كيف وأنه تعالى قال : ﴿ **إن الذين يحبون أن تشيع الفاحشة في الذين آمنوا** ﴾ (النور : الآية ١٩) ، لا يذم المستعير ، ولهـذا لو أخذ شيء من شرائط الشـهادة بأن أشهد الأصيل من أربعة شهدوا بالزنا متفرقين في مجالس مختلفة واحدًا بعد واحد ، فإنهم يحدون حد القذف عندنا خلافًا للشافعي - رحمه الله - .

وفي «المبسوط» أشار عمر -رضي الله عنه- أن اشتراط الأربع لأجل الستر حتى شهد أبو بكرة -رضي الله عنه - وسهل بن معبد ونافع بن الأزرق على المغيرة بن شعبة بالزنا ، فقال : الزياد وهو الرابع ، ثم يتشهد قال : رأيت أقدامًا بادية ، وأنفاسًا عالية وأمرًا منكرًا .

---

(١) جزء من حديث رواه أبو داود في سننه [٤٩٤٦] ، وابن ماجة [٢٢٥].

وإذا شهدوا يسألهم الإمام عن الزنا ما هو وكيف هو وأين زنى ومتى زنى وبمن زنى ؛ لأن النبي عليه السلام استفسر ماعزاً -رضي الله عنه- عن الكيفية ، وعن المزنية

وفي رواية قال : رأيتهما تحت لحاف واحد ، يخفضان ويرفعان ويضطربان اضطراب الخبزان ، وفي رواية : رأيت رجلاً أفعى وامرأة صرعى ورجلين محضونتين واسته تجيء وتذهب ولم أر ما سوى ذلك . فقال عمر -رضي الله عنه- : الله أكبر ، الحمد لله الذي لم يفضح واحدًا من أصحاب رسول الله ﷺ .

م: (**فإذا شهدوا**) ش: أي شهد بالزنا الشهود م: (**يسألهم الإمام عن الزنا ما هو**) ش: أي حقيقة الزنا وماهيته [. . . .] ، لأن من الناس من يعتقد كل وطء حرام أنه زنا ، كوطء الحائض ، والنفساء ، والأمة المجوسية ، والأمة المشتركة ، والأمة التي هي أخته من الرضاع . فإن كل ذلك حرام وليس بزنا ، ولأن الشرع سمى فعل الحرام فيما دون الفرج زنا مجازًا ، بقوله : العينان تزنيان وزناهما النظر ، واليدان تزنيان وزناهما البطش ، والرجلان تزنيان وزناهما المشي ، والفرج يصدق ذلك أو يكذب .

والحد لا يجب إلا بالجماع في الفرج ، ألا ترى أنه ﷺ استفسر ماعزًا -رضي الله عنه- إلى أن ذكر الكاف والنون أراد به قوله أنكتها ، لأن ذلك صريح في الوطء ، والباقي كناية عنه ، وأيضًا يمكن أن يسمي الشهود مقدمات الزنا زنا ويجب الاحتراز عن مثل ذلك .

م: (**وكيف هو**) ش: أي يسألهم أيضًا عن كيفية الزنا للاحتراز عن مثل ذلك عاس الفرجين من غير إيلاج . ألا ترى أنه ﷺ استفسر ماعزًا -رضي الله عنه- عن كيفية الزنا ، فقال كالميل في المكحلة ، والرشاد في البئر ، وقيل للاحتراز عن صورة الإكراه، لأن وطء المكره لا يوجب الحد م: (**وأين زنى**) ش: أي يسألهم عن المكان بقوله : أين زنا فإنه احتراز عن الزنا في دار الحرب ، لأن المسلم إذا زنا في دار الحرب ثم خرج إلينا لا يحد لأنه لم يمكن الإمام على بدنه عند وجوب الحد . م: (**ومتى زنى**) ش: أي يسألهم عن الزمان فقوله متى زنى كأنه احترز عن زنًا متقادم والشهود إذا شهدوا بذلك لا يقبل ، واحترز أيضًا عن وطء الصبي والمجنون لأن فعلهما لا يوصف بالحرمة م: (**وبمن زنى**) ش: أي يسألهم بمن زنى ، يعني المزنية من هي .

فإنه احتراز عن الوطء الواقع في محل يكون الوطء فيه بشبهة لا يعرفها الواطئ، ولا الشهود: كجارية الابن ، ويجوز أن تكون الموطوءة امرأة الواطئ ،أو جاريته ولا يعلمها المشهود .

م: (**لأن النبي ﷺ استفسر ماعزًا -رضي الله عنه- عن الكيفية وعن المزنية**) ش: هذا أخرجه أبو داود -رضي الله عنه- عن يزيد بن نعيم عن أبيه نعيم بن هزال ، قال : « **كان ماعز بن مالك -رضي الله عنه -يتيمًا في حجر أبي ، فأصاب جارية من الحي فقال له أبي : ائت رسول الله ﷺ فأخبره بما صنعت لعله يستغفر لك قال : فأتاه فقال : يا رسول الله ﷺ ، إني زنيت ، فأقم علي كتاب الله فأعرض**

ولأن الاحتياط في ذلك واجب ، لأنه عساه غير الفعل في الفرج عناه ، أو زنى في دار الحرب ، أو في المتقادم من الزمان ، أو كانت له شبهة لا يعرفها هو ولا الشهود ، كوطء جارية الابن . فيستقصى في ذلك احتيالاً للدرء ، فإذا بينوا ذلك ، وقالوا : رأيناه وطئها في فرجها كالميل في المكحلة . وسأل القاضي عنهم . فعدلوا في السر والعلانية .

عنه ، فعاد حتى قالها أربع مرات ، فقال ﷺ : إنك قد قلتها أربع مرات فبمن ؟ قال : بفلانة ، قال : هل ضاجعتها ؟ قال : نعم ، قال : هل باشرتها ؟ قال : نعم ، قال : هل جامعتها ؟ قال : نعم ، فأمر به أن يرجم » [1] الحديث.

م: **(ولأن الاحتياط في ذلك واجب)** ش: أي في الاستفسار م: **(لأنه)** ش: أي لأن المشهود عليه بالزنا م: **(عساه غير الفعل في الفرج عناه)** ش: أي قصده ، ولا يكون ماهية الزنا ، ولا كيفية موجودة في دار الحرب .

م: **(أو زنى في دار الحرب)** ش: أي أو يكون المشهود عليه زنا في دار الحرب م: **(أو في المتقادم من الزمان)** ش: أي أو يكون زنا في الزمن المتقادم م: **(أو كانت له شبهة لا يعرفها هو)** ش: أي المشهود عليه .

م: **(ولا الشهود)** ش: أي ولا يعرفها الشهود م: **(كوطء جارية الابن فيستقصى)** ش: أي الإمام وضبطه الكاكي - رحمه الله - على صيغة المجهول م: **(في ذلك)** ش: أي فيما ذكر من الأشياء وقد ذكرناها جميعًا .

م: **(احتيالاً للدرء)** ش: أي لأجل الحيلة لدرء الحد ، لما روى الترمذي - رحمه الله - من حديث عائشة -رضي الله عنها - قالت : قال رسول الله ﷺ : **« ادرءوا الحدود ما استطعتم »** [2]
م: **(فإذا بينوا ذلك)** ش: أي فإذا بين الشهود الزنا بما ذكر من الأمور .

م: **(وقالوا رأيناه وطئها في فرجها كالميل في المكحلة)** ش: بضمتين وعاء الكحل م: **(وسأل القاضي عنهم)** ش: أي عن الشهود م: **(فعدلوا)** ش: عن صيغة المجهول م: **(في السر والعلانية)** ش: صورة التعديل في السر أن يبعث القاضي بأسماء أول الشهود إلى العدل ، بكتاب فيه أسماؤهم وأنسابهم [. . .] ومحالهم وسوقهم ، حتى يعرف العدل ذلك ، فيكتب تحت اسم من كان عدلاً : عدل جائز الشهادة ، ومن لم يكن عدلاً فلا يكتب تحت اسمه شيئًا ، أو يكتب الله يعلم ، وصورة التعديل في العلانية ، أن يجمع بين العدل والشاهد ، فيقول العدل هذا هو الذي عدلته ، وسيجيء في كتاب الشهادات بعض منه إن شاء الله تعالى .

---

(١) أبو داود [٤٤١٩] .

(٢) الترمذي [١٤٥٩] . وقال : هذا حديث لا نعرفه مرفوعًا إلا من حديث محمد بن ربيعة ، عن يزيد بن زياد الدمشقي ، عن الزهري ، ويزيد بن أبي زياد ضعيف في الحديث .

حكم بشهادتهم ولم يكتف بظاهر العدالة في الحدود ، احتيالاً للدرء ، قال عليه السلام ادرءوا الحدود ما استطعتم . بخلاف سائر الحقوق عند أبي حنيفة -رحمه الله- وتعديل السر والعلانية نبينه في الشهادات إن شاء الله تعالى، قال في الأصل : يحبسه حتى يسأل عن الشهود، للاتهام بالجناية وقد حبس رسول الله عليه السلام رجلاً بالتهمة

م: (**حكم بشهادتهم**) ش: جواب قوله فإذا بينوا بالرجم إن كان الرجم موجب الزنا وبالجلد إن كان موجبه الجلد هنا ، أو لم يعرف القاضي عدالة الشهود ، أما إذا عرفها فحكم بلا تعديل م: (**ولم يكتف**) ش: على صيغة المعلوم أي لم يكتف القاضي ، وقال الكاكي : أبو حنيفة لم يكتف بسوق الكلام إليه م: (**بظاهر العدالة في الحدود احتيالاً للدرء**) ش: أي الدفع م: (**قال ﷺ : ادرءوا الحدود ما استطعتم**) ش: وقد ذكرنا الحديث عن قريب م: (**بخلاف سائر الحقوق عند أبي حنيفة**) ش: حيث يكتفي فيها بظاهر العدالة ، لقوله ﷺ « **المسلمون عدول بعضهم على بعض**» [1] ، إلا إذا طعن الخصم فحينئذ يسأل القاضي عن الشهود عنده أيضًا . م: (**وتعديل السر والعلانية نبينه في الشهادات إن شاء الله تعالى**) ش: أي بيان صورتها بذكره في باب الشهادات وقد ذكرناه آنفًا .

م: (**قال : في الأصل**) ش: أي قال محمد في « المبسوط » م: (**يحبسه**) ش: أي يحبس القاضي الشهود عليه بالزنا ، بعد وصف الشهود الأشياء المذكورة م: (**حتى يسأل عن الشهود للاتهام بالجناية**) ش: أي لأجل كون الشهود عليه متهمًا بالجناية فلذلك يحبسه خوفًا من خروجه ، فلا يظهر بعد ذلك ، ولا يأخذ الكفيل منه ، لأن في أخذه نوع احتياط ، فلا يكون مشروعًا ، بما يدرأ بالشبهات .

فإن قيل : الاحتياط في المجلس أظهر .

قلنا : حبسه للتعزير لأنه صار متهمًا بارتكاب الفاحشة وأشار إليه المصنف -رضي الله عنه- بقوله للاتهام . م: (**وقد حبس رسول الله ﷺ رجلاً بالتهمة**) ش: هذا روي عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم - عن معاوية بن حيدة -رضي الله عنه - أخرج حديثه أبو داود - رحمه الله - والترمذي - رحمه الله - والنسائي - رحمه الله - « **أن رسول الله ﷺ حبس رجلاً في تهمة** »[2] ، وزاد الترمذي والنسائي : « **ثم خل عنه** » . وقال الترمذي -رحمه الله- : حديث حسن . ورواه الحاكم في « المستدرك » وصححه ، وعن أبي هريرة - رضي الله عنه - أخرج حديثه الحاكم - رحمه الله - في « مستدركه » ، والبزار وأبو نعيم - رحمهما الله - في «مسنديهما» : « **أن النبي ﷺ حبس رجلاً في تهمة يومًا وليلة استظهاراً أو احتياطًا**»[3] ، وفي سنده إبراهيم بن خثيم .

---

(١) السنن الكبرى للبيهقي [١٠/ ١٩٧] .

(٢) أبو داود [٣٦٣٠] ، الترمذي [١٤٥٠] النسائي [٤٥٣١] .

(٣) أورده الهيثمي في مجمع الزوائد (٤/ ٢٠٣) وقال : رواه البزار ، وفيه : إبراهيم بن خثيم وهو متروك .

بخلاف الديون حيث لا يحبس فيها قبل ظهور العدالة ، وسأتيك الفرق إن شاء الله قال : والإقرار أن يقر البالغ العاقل على نفسه بالزنا أربع مرات في أربعة مجالس مختلفة من مجالس المقر ، كلما أقر رده القاضي ، فاشتراط البلوغ والعقل ؛ لأن قول الصبي والمجنون غير معتبر ، أو هو غير موجب للحد ، واشتراط الأربع مذهبنا ، وعند الشافعي -رحمه الله- يكتفي بالإقرار مرة واحدة اعتباراً بسائر الحقوق وهذا لأنه مظهر ، وتكرار الإقرار لا يفيد زيادة الظهور بخلاف زيادة العدد في الشهادة ، ولنا حديث ماعز - رضي الله عنه -

---

وعن أنس -رضي الله عنه -أخرج حديثه ابن عدي والعقيلي - رحمهما الله - في كتابيهما « **أن النبي ﷺ حبس رجلاً في تهمة** »[1] ، وفي سنده إبراهيم بن زكريا الواسطي قال العقيلي : مجهول وحديثه خطأ . وقال ابن عدي : وهذا باطل ، وعن نبيشة -رضي الله عنه -أخرج حديثه الطبراني في الأوسط «أن النبي ﷺ حبس في تهمة » .

م: (**بخلاف الديون حيث لا يحبس فيها قبل ظهور العدالة**) ش: لأن أخذ الكفيل فيها مشروع ، فلا يتلف الحق فلا حاجة إلى الحبس قبل عدالة الشهود م: (**وسيأتيك الفرق إن شاء الله تعالى**) ش: أي الفرق بينه وبين المديون ، وقال الأترازي - رحمه الله - : هذه حوالة غير رائجة ونحن بيناه .

قلت : أراد به ما ذكره الآن لأن أخذ الكفيل فيها مشروع إلى آخره .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - م: (**والإقرار أن يقر العاقل البالغ على نفسه بالزنا أربع مرات في أربعة مجالس مختلفة من مجالس المقر ، كلما أقر رده القاضي**) ش: هذا كله كلام القدوري - رحمه الله - نقله المصنف - رحمه الله - ثم شرحه م: (**واشتراط البلوغ والعقل لأن قول الصبي والمجنون غير معتبر أو هو غير موجب للحد واشتراط الأربع**) ش: يعني في الإقرار م: (**مذهبنا**) ش: وبه قال أبو حنيفة - رحمه الله - وأحمد - رحمه الله - م: (**وعند الشافعي -رحمه الله- يكتفى بالإقرار مرة واحدة**) ش: وبه قال الإمام مالك - رحمه الله - م: (**اعتباراً بسائر الحقوق**) ش: يعني في سائر الحقوق القرب يعتبر في الشهادة دون الإقرار فكذلك هنا . م: (**وهذا**) ش: أي الاعتبار بسائر الحقوق م: (**لأنه**) ش: أي لأن الإقرار م: (**يظهر**) ش: حقيقة الأمر حجة بنفسه ، فلا يشترط التكرار ، كما في سائر الحقوق .م: (**وتكرار الإقرار لا يفيد زيادة الظهور بخلاف زيادة العدد في الشهادة**) ش: لأن الشاهد الثاني ، يفيد طمأنينة القلب زيادة على ما أفاده الأول .

م: (**ولنا حديث ماعز -رضي الله عنه -**) ش: حديث ماعز بن مالك مشهور رواه البخاري ومسلم -رحمهما الله- عن أبي هريرة -رضي الله عنه - قال : « **إن رجلاً من المسلمين جاء رسول الله ﷺ وهو في المسجد فناداه فقال: يا رسول الله ﷺ إني زنيت فأعرض عنه فتنحى تلقاء وجهه، فقال: يا رسول الله إني زنيت فأعرض عنه ، حتى ثنى ذلك أربع مرات فلما شهد على نفسه أربع شهادات ،**

---

(١) ابن عدي في الكامل [١/ ٢٥٦] .

فإنه عليه السلام أخر الإقامة إلى أن تم الإقرار منه أربع مرات في أربعة مجالس فلو ظهر دونها لما أخرها لثبوت الوجوب . ولأن الشهادة فيه اختصت بزيادة العدد . فكذا الإقرار إعظاماً لأمر الزنا وتحقيقاً لمعنى الستر

دعاه رسول الله ﷺ فقال: أبك جنون ؟، قال: لا ، قال : فهل أحصنت؟ قال: نعم ، فقال رسول الله ﷺ: اذهبوا به فارجموه ، فرجمناه بالمصلى فلما أذلقته الحجارة هرب ، فأدركناه بالحرة فرجمناه » .

وروى حديث ماعز -رضي الله عنه - أيضًا مسلم عن جابر بن سمرة ورواه أيضًا عن ابن عباس -رضي الله عنه -وعن بريدة -رضي الله عنه - أيضًا في الكل الإقرار بأربع مرات .

م: (**فإنه عليه السلام أخر الإقامة**) ش: أي إقامة الحد م: (**إلى أن تم الإقرار منه**) ش: أي من ماعز رضي الله عنه – م: (**أربع مرات في أربعة مجالس فلو ظهر دونها**) ش: أي فلو ظهر إقراره موجبًا للحد دون الأربع ، أي أربع مرات م: (**لما أخرها**) ش: أي لما أخر إقامة الحد م: (**لثبوت الوجوب**) ش: حاصل المعنى : لو كان الإقرار مرة واحدة كان لم يؤخر ، لأن إقامة الحد عند [تلك] الصورة واجب، وتأخير الواجب لا يظن برسول الله ﷺ .

فإن قال قائل : إذا لم يثبت الحد بإقراره مرة واحدة ، فقد اعترف بالوطء لا يوجب الحد ، ويوجب المهر وإذا وجب المهر، لا يجب الحد مما بعد، لأن المهر والحد لا يجتمعان في وطء واحد.

أجيب : بأن الإقرار أربع مرات ، ولما اعتبر حجة لإثبات الزنا لم يتعلق بوجوب المهر بالإقرار مرة واحدة فقد اعترف بوطء لا يوجب ، وإنما الحكم موقوف بأن تمت الحجة ، ووجب الحد ، وإن لم يتم ، وجب المهر .

فإن قيل : إنما أعرض النبي ﷺ لأنه اتهمه أي في عقله ، فقد جاء أشعث أغبر مغير اللون ، إلا أنه لما أصر على الإقرار [. . . .] قبله ، بعد ذلك ، ثم لزوال الشبهة بالسؤال .

فقال : أبك جنون ؟ ، أما تغير الحال بدليل التوبة والخوف من الله عز وجل ، لا دليل الجنون وإنما قال رسول الله ﷺ أبك جنون ؟، تلقينًا لما يدرأ بالحد ، كما يقال ، لعلك وطئتها لترجع عن الزنا إلى الوطء بشبهة فيسقط الحد عنه ، وكما قال للسارق أسرقت ، ما أخاله سرق ، ولأن الشهادة فيه دليل معقول ، فظن جواب عن اعتبار الشافعي - رحمه الله - بسائر الحقوق وتقريره.

م: (**ولأن الشهادة فيه**) ش: أي في الزنا م: (**اختصت بزيادة العدد**) ش: لأجل التغليظ ولم يختص سائر الحقوق بذلك م: (**فكذا الإقرار**) ش: اشترط أربع مرات ، لأن إحدى الحجتين لما اختصت بزيادة ليست في سائر الحقوق ، فكذلك في الحجة الأخرى م: (**إعظامًا لأمر الزنا وتحقيقًا لمعنى الستر**) ش: أي لأجل تعظيم أمرالزنا وتحقيق معنى الستر ، لأن الستر مندوب منه كما ذكرنا .

ولا بد من اختلاف المجالس لما روينا . ولأن لاتحاد المجلس أثراً في جمع المتفرقات فعنده يتحقق شبهة الاتحاد في الإقرار والإقرار قائم بالمقر فيعتبر اختلاف مجلسه دون مجلس القاضي . فالاختلاف بأن يرده القاضي كلما أقر فيذهب حيث لا يراه ثم يجيء فيقر ، هو المروي عن أبي حنيفة -رحمه الله- لأنه عليه السلام طرد ماعزاً -رضي الله عنه - في كل مرة حتى توارى بحيطان المدينة . قال : فإذا تم إقراره أربع مرات سأله عن الزنا ، ما هو وكيف هو وأين زنى وبمن زنى ، فإذا بين ذلك لزمه الحد ، لتمام الحجة ، ومعنى السؤال عن هذه الأشياء بيناه في الشهادة

م: (**ولا بد من اختلاف المجالس**) ش: أي في الإقرار خلافًا لأحمد وابن أبي ليلى - رحمهما الله - م: (**لما روينا**) ش: أشار إلى قوله لأنه ﷺ ، أخر الإقامة إلى أن تم الإقرار منه أربع مرات في أربع مجالس م: (**ولأن لاتحاد المجلس أثرًا في جمع المتفرقات**) ش: كما في[. . . .] م: (**فعند ذلك**) ش: أي عند اتحاد المجلس م: (**يتحقق شبهة الاتحاد في الإقرار**) ش: ألا ترى إلى ما قال في حديث ماعز -رضي الله عنه -، من إقراره خمس مرات فكان منها مرتبًا في جهة واحدة .

فلم يعتبر ذلك ، ولم يذهب إليه أحد من المجتهدين - رحمهم الله - م: (**والإقرار قائم بالمقر فيعتبر اختلاف مجلسه**) ش: أي مجلس المقر في وجوب الحد م: (**دون مجلس القاضي**) ش: وفي بعض النسخ فيصير اتحاد مجلسه أي يعتبر اتحاد المجلس المقر في عدم وجوب الحد، لا مجلس القاضي .

م: (**والاختلاف**) ش: أي اختلاف مجلس بأن يرده القاضي في كل مرة بأن يقول إنك مجنون ولعلك قبلتها أو لمستها فقال بعضهم ، يعتبر اختلاف مجلس القاضي ، والصحيح الأول .

كذا في «شرح الطحاوي» ، وفي المصنف - رحمه الله - الاختلاف بقوله :

م: (**بأن يرده القاضي كلما أقر فيذهب حيث لايراه ثم يجيء فيقر ، هو المروي عن أبي حنيفة - رحمه الله - ، لأن النبي ﷺ طرد ماعزًا في كل مرة حتى توارى**) ش: أي استتر م: (**بحيطان المدينة**) ش: هذا الحديث ، بهذا اللفظ غريب ومعناه ، ما رواه ابن حبان في صحيحه من حديث أبي هريرة -رضي الله عنه - قال : جاء ماعز بن مالك -رضي الله عنه - إلى النبي ﷺ فقال : ألا تعذرني فقال له : تلك ، ما يدريك من الزنا ، فأمر به فطرد وأخرج ، ثم أتاه الثانية فقال مثل ذلك فأمر به فطرد ثم أتاه الثالثة فقال له ذلك ، فأمر به فطرد وأخرج ثم أتاه الرابعة فقال له: مثل ذلك ،[قال] أدخلت وأخرجت قال نعم فأمر به أن يرجم . . . . . الحديث .

م: (**قال**) ش: أي القدوري- رحمه الله- في « مختصره » م: (**فإذا تم إقراره أربع مرات سأله عن الزنا ما هو وكيف هو وأين زنى وبمن زنى ، فإذا بين ذلك لزمه الحد**) ش: هذا كله لفظ القدوري وقال المصنف عقبه م: (**لتمام الحجة**) ش: أي لتمام الدليل الموجب لإقامة الحد م: (**ومعنى السؤال عن هذه الأشياء**) ش: أي عن الزنا ، وكيفيته ومكانه من المزني بها م: (**بيناه في الشهادة**) ش: على

ولـم يذكر السؤال فيه عن الزمان وذكره في الشهادة ، لأن تقادم العهد ، يمنع الشهادة دون الإقرار ، وقيل : لـو سأله جاز لجـواز أنه زنى في صبـاه ، فإن رجع المقـر عن إقراره قـبل إقامـة الحد أو في وسطه ، قبل رجـوعه وخلى سبيله ، وقال الشافـعي -رحمه الله - : وهـو قول ابن أبي ليلى - رحمه الله -، يقيم عليه الحد .

الزنا ، وهو تحقيق ما يوجب بها الحد م: (**ولم يذكر السؤال**) ش: أي القدوري م: (**فيه**) ش: أي في الإقرار م: (**عن الزمان**) ش: أي عن سؤال الزمان م: (**وذكره**) ش: أي والحال أنه ذكره ، أي ذكر السؤال عن الزمان .

م: (**في الشهادة**) ش: على الزنا بأن يقول متى زنيت م: (**لأن تقادم العهد**) ش: أي الزمان م: (**تمنع قبول الشهادة**) ش: لتهمة ألحقه ، والمرء لا يتهم على نفسه ، فيقل إقراره وإن تقادم العهد ، وهو معنى قوله م: (**دون الإقرار وقيل لو سأله جاز**) ش: أي لو سأله الزمان جاز ، قالوا في الفتاوى : ويجوز أن يسأل الزمان في الإقرار أيضًا .

م: (**لجواز أنه زنى في صباه**) ش: أي في حالة الصغر م: (**فإن رجع المقر**) ش: أي المقر بالزنا إذا رجع م: (**عن إقراره قبل إقامة الحد أو في وسطه قبل رجوعه وخلى سبيله ، وقال الشافعي -رحمه الله: وهو قول ابن أبي ليلى - رحمه الله - يقيم الحد عليه**) ش: يعني لا يقبل رجوعه بعد الإقرار ، ويلزمه الحد .

واسم ابن أبي ليلى محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى - رحمه الله - قاضي الكوفة ، واسم أبي ليلى - رحمه الله - يسار خلاف اليمين وقال الكاكي -رحمه الله- : كذا وقع في نسخ أصحابنا يعني ذكر خلاف الشافعي - رحمه الله - هنا ، ولكن خرج في كتب أصحاب الشافعي -رحمه الله- أنه لو أقر على نفسه بالزنا ، ثم رجع ، يسقط عنه الحد .

وكذا لو رجع بعد ما أقيم الحد ، يترك الباقي ، قبل قولنا .

وعن أحمد - رحمه الله - مثل قولنا ، وعن الإمام مالك في قول الرجوع روايتان ، وقال الكاكي أيضًا : ثم اختلاف المجلس في الشهادة يمنع قبول الشهادة في الزنا وبه قال مالك وأحمد والأوزاعي والحسن بن صالح ، إذا شهدوا بالزنا متفرقين يحدون حد القذف .

قال الشافعي : وعثمان -رضي الله عنه - [. . .] لا يحدون حد القذف ، إذا كان الزنا واحد ، فلا يشترط اتحاد المجلس ، وحد اتحاده ، ما دام الحاكم جالسًا لأن النص شرط الأربع مطلقًا ، فلا يفيد باتحاد المجلس كسائر الشهادات ولنا قول عمر -رضي الله عنه -لو جاءوا مثل ربيعة ومضر كل فرادى لجلدتهم .

ولو كان الزوج أحدهم يقبل عندنا ، خلافًا للشافعي - رحمه الله - هو يقول فيه تهمة

لأنه وجب الحد بإقراره . فلا يبطل برجوعه وإنكاره . كما إذا وجب بالشهادة وصار كالقصاص وحد القذف . ولنا أن الرجوع خبر محتمل للصدق كالإقرار . وليس أحد يكذبه فيه ، فيتحقق الشبهة في الإقرار . بخلاف ما فيه حق العبد وهو القصاص . وحد القذف لوجود من يكذبه . ولا كذلك ما هو خالص حق الشرع . ويستحب للإمام أن يلقن المقر الرجوع فيقول له : لعلك لمست أو قبلت. لقوله عليه السلام لماعز -رضي الله عنه- لعلك لمستها أو قبلتها ، وقال في الأصل : وينبغي أن يقول له الإمام لعلك تزوجتها أو وطئتها بشبهة

ونحن نقول إنه يعتبر بزنا امرأته فكان أبعد عن التهمة كشهادة الوالد على الولد .

م: (**لأنه وجب الحد بإقراره فلا يبطل برجوعه وإنكاره ، كما إذا وجب**) ش: أي الحد م: (**بالشهادة وصار كالقصاص وحد القذف**) ش: أي صار حكم هذا كحكم من يرجع في القصاص عن حد القذف إذا ثبت أن الإقرار حيث لا تقبل الرجوع م: (**ولنا أن الرجوع خبر يحتمل الصدق كالإقرار وليس أحد يكذبه فيه**) ش: أي في الرجوع م: (**فيتحقق الشبهة في الإقرار**) ش: فتعارض الرجوع مع الإقرار يسقط الحد ، لأن الحدود تندرئ بالشبهات .

م: (**بخلاف ما فيه حق العبد وهو القصاص وحد القذف لوجود من يكذبه**) ش: هو الخصم م: (**ولا كذلك ما هو خالص حق الشرع**) ش: فإن أحدًا يكذبه فصح الرجوع فيه ، لكن إذا اغتر بالسرقة ثم رجع صح رجوعه ، في حق القطع ، ولا يصح في حق المال ، كذا في «شرح الطحاوي» .

م: (**ويستحب للإمام أن يلقن المقر الرجوع ويقول له لعلك لمست أو قبلت لقوله ﷺ**) ش: أي لقول النبي ﷺ م: (**لماعز -رضي الله عنه - لعلك قبلتها أو فمسستها**) ش: هذا كلام القدوري في «مختصره» يروي هذا الحديث بهذا اللفظ الحاكم في المستدرك عن حفص بن عمر العدني ، حدثنا الحاكم بن أبان عن عكرمة عن ابن عباس -رضي الله عنهما - « **أن ماعز -رضي الله عنه -أتى إلى رجل من المسلمين فقال : إني أصبت فاحشة فما تأمرني فقال : له اذهب إلى رسول الله ﷺ ليستغفر لك ، فأتى النبي ﷺ فأخبره ، فقال: له لعلك قبلتها ، قال: لا ، قال : لمستها ، قال : لا ، قال : ففعلت بها كذا أو لم يكن ، قال : نعم ، قال : اذهبوا به فارجموه** » [(١)] وسكت الحاكم عنه . وتعقبه الذهبي - رحمه الله في «مختصره » فقال : وحفص بن عمر العدني ضعفوه ، والحديث عند البخاري بلفظ **لعلك** قبلت أو لمست أو نظرت ، قال : لا ، قال: أفنكتها ؟ قال : نعم ، **فعند ذلك** أمر برجمه ، وعند أحمد - رحمه الله - في «مسنده» لعلك قبلت أو لمست أو نظرت .

م: (**وقال في الأصل :**) ش: أي في « المبسوط » م: (**وينبغي أن يقول له الإمام لعلك تزوجتها أو وطئتها بشبهة**) ش: قال في« المبسوط» : يرد الإمام المعترف بالزنا في المرة الأولى والثانية والثالثة ،

---

(١) الحاكم في المستدرك (٤/ ٤٠٢) حديث [٥٠٧٧] .

وهذا قريب من الأول في المعنى .

فإن عاد الرابعة فأقر عنده لما سأله عن الزنا ما هو وكيف هو ، فإذا صنعه وأثبته قال له لعلك تزوجتها أو وطئتها بشبهة .

م: (**وهذا**) ش: أي المذكور في الأصل م: (**قريب من الأول في المعنى**) ش: أي قريب بما قاله القدوري - رحمه الله - ، لأن في كل منهما تلقين الرجوع للمقر ، حتى لو قال المقر نعم سقط الحد .

* * *

فصل في كيفية الحد وإقامته

وإذا وجب الحد وكان الزاني محصناً رجمه بالحجارة حتى يموت ؛ لأنه عليه السلام رجم ماعزاً وقد أحصن . وقال في الحديث المعروف وزناً بعد إحصان

م: (**فصل في كيفية الحد وإقامته**)

ش: أي هذا فصل في بيان كيفية الحد . والكيفية ما يقال به للشيء كيف هذا ، وكيف كلمة موضوعة للسؤال عن الحال . قوله وإقامته ، أي وفي بيان كيفية إقامة الحد ، وذكر هذا الفصل بعد وجوب الحد ، لما أن إقامته وكيفيته مرتبة على نفس الحد في الوجود .

م: (**وإذا وجب الحد وكان الزاني**) ش: أي والحال أنه قد كان الزاني م: (**محصنًا رجمه بالحجارة حتى يموت**) ش: أي الإمام أو القاضي والمحصن من أحصن الرجل فهو محصن بفتح الصاد .

وهذا أحد ما جاء على أفعل ، فهو مفعل ، وامرأة محصنة أي متزوجة ، وليس في كلامهم أفعل ، فهو مفعل إلا ثلاثة أحرف ، أحدها هذا ، ويقال أسهب من لذع الحية ، أي ذهب عقله وهو سهب . قال المراجم : فمات عطان وعاش سهبًا ، ويقال ألقح الرجل فهو يلقح إذا وقف حاله .

م: (**لأنه ﷺ**) ش: أي لأن النبي ﷺ م: (**رجم ماعزًا -رضي الله عنه -وقد أحصن**) ش: على صيغة المجهول ، أي والحال أنه كان محصنًا وقد مضى الحديث من رواية البخاري ومسلم عن أبي هريرة -رضي الله عنه - أنه عليه السلام قال : له أحصنت قال : نعم ، فقال ﷺ : اذهبوا به فارجموه .

م: (**قال : وفي الحديث المعروف وزنًا بعد إحصان**) ش: هذا مروي من حديث عثمان-رضي الله عنه -وأخرجه الترمذي والنسائي وابن ماجة عن حماد بن زيد عن يحيى بن سعيد عن أسعد ابن سهل عن أبي أمامة الأنصاري عن عثمان -رضي الله عنه- « **أنه أشرف عليهم يوم الدار ، فقال : أنشدكم الله ، أتعلمون أن رسول الله ﷺ قال : لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث زنًا بعد إحصان، وارتداد بعد إسلام ، وقتل نفس بغير حق ، قالوا : اللهم نعم ، قال : فعلام تقتلوني** [1] ، الحديث .

قال الترمذي : حديث حسن ، وروي من حديث عائشة -رضي الله عنها -- أخرجه أبو داود في «سننه» عنها قالت : « **قال رسول الله ﷺ : لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث ، رجل زنى بعد إحصان فإنه يرجم ورجل خرج محاربًا لله ولرسوله فإنه يقتل أو يصلب أو ينفى من الأرض ، ورجل قتل نفسًا فإنه يقتل بها** »[2] .

---

(١) الترمذي [٢١٥٨]، النسائي [٣٧٥٢] ، ابن ماجة [٢٥٣٣] ، المستدرك [٤/ ٣٥٠] حديث رقم (٨٠٢٨).

(٢) أبو داود [٤٣٥٣].

وعلى هذا إجماع الصحابة -رضي الله عنهم . قال : ويخرجه إلى أرض فضاء ويبتدىء الشهود برجمه ثم الإمام ثم الناس ، كذا روي عن علي -رضي الله عنه- ولأن الشاهد قد يتجاسر على الأداء ثم يستعظم المباشرة فيرجع فكان في بدايته احتيال للدرء له. وقال الشافعي - رحمه الله - لا تشترط بدايته اعتباراً بالجلد .

م: (**وعلى هذا إجماع الصحابة**) ش: أي على وجوب رجم المحصن إجماع الصحابة -رضي الله تعالى عنهم أجمعين .

وروى الترمذي بإسناده عن سعيد بن المسيب عن عمر بن الخطاب -رضي الله عنه -قال : «**رجم رسول الله ﷺ ورجم أبو بكر ، ورجمت ولولا أني ذكرته أن أزيد في كتاب الله لكتبته في المصحف ، فإني قد خشيت أن يجيء أقوام فلا يجدونه في كتاب الله ، فيكفرون به**»[1] وحديث عمر - رضي الله عنه - مذكور في الموطأ أيضًا .

قلت : قد كان رجم أبو بكر وعمر -رضي الله عنهما - بحضرة الصحابة ، ولم ينكرها أحد فحل محل الإجماع . وفي« شرح الأقطع » : ولا خلاف في ذلك بين الأمة ، إلا ما روي عن الخوارج أن الحد كله الجلد ، ولا رجم ، وإنما قالوا ذلك لأنهم لا يقبلون أخبار الآحاد ، وقولهم لا يلتفت إليه ، لأنه خرق الإجماع ، والأحاديث فيه كادت أن تكون متواترة .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**ويخرجه إلى أرض فضاء ، ويبتدئ الشهود برجمه ، ثم الإمام ، ثم الناس ، كذا روي عن علي -رضي الله عنه -**) ش: قوله كذا روي عن علي في المصنف . روى ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا عبد الله بن إدريس عن زيد عن عبد الله ابن أبي ليلى أن عليًا - رضي الله عنه - كان إذا شهد عنده الشهود على الزنا أمر الشهود أن يرجموا ثم رجم الناس وإذا كان بإقرار بدأ هو فرجم ثم رجم الناس .

م: (**ولأن الشاهد قد يتجاسر على الأداء**) ش: أي يجترئ على أداء الشهادة كاذبًا م: (**ثم يستعظم المباشرة فيرجع فكان في بدايته احتيال للدرء له**) ش: أي فكان في ابتداء الشهود بالرجم حيلة لدفع الحد ، لأنا أمرنا به .

م: (**وقال الشافعي : لا يشترط بدايته**) ش: أي بداية الشاهد ، وبه قال مالك وأحمد وأبو يوسف - رحمهم الله - ، في رواية م: (**اعتباراً بالجلد**) ش: حيث لا يشترط فيه بدايتهم ، وقالت الشافعية - رحمهم الله - ولكن يستحب حضورهم وبدايتهم بالرمي .

وكذا لو ثبت الزنا بإقرار لا يشترط حضور الإمام ولا نائبه عندهم ، ولكن يستحب حضورهم وبدايتهم بالرمي ، وكذا لو ثبت الزنا بالإقرار لا يشترط حضور الإمام .

---

(١) الترمذي [١٤٦٩] .

قلنا :كل أحد لا يحسن الجلد ، فربما يقع مهلكاً والإهلاك غير مستحق ، ولا كذلك الرجم لأنه إتلاف . قال : فإن امتنع الشهود من الابتداء سقط الحد ؛ لأنه دلالة الرجوع، وكذا إذا ماتوا أو غابوا ، في ظاهر الرواية . لفوات الشرط

م: (**قلنا : كل أحد لا يحسن الجلد فربما يقع مهلكًا والإهلاك غير مستحق**) ش: أي في الجلد م: (**ولا كذلك الرجم لأنه إتلاف**) ش: لأن فيه مستحق للنقل بخلاف الجلد لأنه للتأديب وللزجر .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: (**فإن امتنع الشهود من الابتداء سقط الحد لأنه**) ش: أي لأن امتناعهم عن الابتداء م: (**دلالة الرجوع**) ش: وكذا إذا امتنع بعضهم م: (**وكذلك**) ش: أي سقط الرجم م: (**إذا ماتوا**) ش: أي الشهود م: (**أو غابوا**) ش: لأن الشرط بدل لهم وقد تقدم ذلك بالموت والغيبة .

وكذا زعموا أو خرسوا أو جبنوا أو فسقوا أو ارتدوا وقذفوا فحدوا سواء اعترض ذلك قبل القضاء ، أو بعد القضاء ، قبل الإمضاء ، لأن الإمضاء من القضاء في باب الحدود ، فإذا لم يحصل الإمضاء فكأنه لم يحصل القضاء وقيل بقوله .

م: (**في ظاهر الرواية لفوات الشرط**) ش: احترازًا عما روي عن أبي يوسف - رحمه الله - في «شرح الطحاوي» أنه قال : لا يبطل الرجم بموت الشهود ، ولا يفهم هذا، إذا كان الشهود عليه محصنًا . أما إذا كان غير محصن فقد قال الحاكم الشهيد - رحمه الله- في «الكافي» أقيم عليه الحد في الموت والغيبة ، ويبطل فيما سواها ، وكذلك ما سوى الحدود من حقوق الناس .

وفي « الذخيرة » : ولو كان الشهود أو بعضهم مقطوع اليدين ، أو مرضى لا يستطيعون الرمي وحضروا رمى القاضي ، ولو قطعت بعد الشهادة ، امتنعت الإقامة، ولو غاب واحد منهم ، أو يرجع حتى يحضر كلهم .

وفي« المبسوط» : إذا امتنع الشهود ، سقط الرجم . ولكن لا يقام الحد على الشهود ، لأنهم ثابتون على الشهادة ، لأن الإنسان يمتنع عن القتل بحق ويستحب للإمام أن يأمر طائفة ، أي جماعة من المسلمين أن يحضروا لإقامة الحد .

وقد اختلف في عدد الطائفة عن ابن عباس -رضي الله عنه - وبه قال أحمد - رحمه الله - وقال عطاء وإسحاق - رحمهم الله - اثنتان ، وقال الزهري : ثلاثة ، وقال الحسن البصري - رحمه الله - : عشرة ، وقال مالك والشافعي - رحمهما الله - أربعة وفي « الإيضاح » لا بأس بكل من رمى أن يعيد قتله ، لأنه المقصود من الرجم ، إلا إذا كان الرجم محرم من المرجوم فإنه لا يستحب أن يتعمد قتله .

وقد روي عن حنظلة بن عامر -رضي الله عنه -أنه استأذن رسول الله ﷺ في قتل أبيه وكان

وإن كان مقراً ابتدأ الإمام ثم الناس ، كذا روي عن علي -رضي الله عنه- ورمى رسول الله ﷺ الغامدية بحصاة مثل الحمصة وكانت قد اعترفت بالزنا ، ويغسل ويكفن ويصلى عليه ؛ لقوله عليه السلام في ماعز -رضي الله عنه- اصنعوا به كما تصنعون بموتاكم ، ولأنه قتل بحق ، فلا يسقط الغسل كالمقتول قصاصاً

كافراً فمنعه من ذلك ، وقال : دعه يكفيك عراؤه .

م: (**وإن كان**) ش: أي وإن كان الزاني المحصن م: (**مقراً**) ش: بالزنا م: (**ابتدأ الإمام ثم الناس ، كذا روي عن علي -رضي الله عنه -**) ش: وقد ذكرناه عن قريب م: (**ورمى النبي ﷺ الغامدية بحصاة مثل الحمصة وكانت قد اعترفت بالزنا**) ش: وهذا رواه أبو داود - رحمه الله - في سننه ، من حديث أبي بكرة عن أبيه « **أن النبي ﷺ رجم امرأة فحفر لها إلى الثندوة** »[1] .

قال أبو داود - رحمه الله - : حديث عن عبد الصمد بن عبد الوارث حدثنا زكريا بن سليم أبو عمران بإسناده نحوه . وزاد : ثم رماها بحصاة مثل الحمصة ، قال : ارموا واتقوا الوجه فلما طفئت أخرجها ، فصلى عليها ، انتهى .

وهذه المرأة هي الغامدية [. . . . .] .

م: (**ويغسل**) ش: أي ا المرجوم م: (**ويكفن ويصلى عليه لقوله عليه السلام**) ش: أي لقول النبي ﷺ م: (**لماعز -رضي الله عنه - اصنعوا به كما تصنعون بموتاكم**) ش: هذا رواه ابن أبي شيبة في مصنفه ، حدثنا أبو معاوية عن أبي حنيفة عن علقمة [بن] مرثد عن ابن بريدة عن أبيه بريدة قال : لما رجم ماعز قالوا يا رسول الله ما نصنع به ؟ قال : اصنعوا به ما تصنعون بموتاكم من الغسل والكفن والحنوط والصلاة عليه .

وروي اصنعوا به ما تصنعون بموتاكم من أهل الحجاز [. . .] ، وقد رأيته ينغمس في أنهار الجنة . وعن مالك : لا يصلى على المرجوم ، كذا ذكره ، ولكن ذكر في «الجواهر» من كتب المالكية غسل وصلي عليه .

م: (**ولأنه**) ش: أي ولأن المرجوم م: (**قتل بحق ، فلا يسقط الغسل كالمقتول قصاصًا**) ش: **فإنه** يغسل ويصلى عليه م: (**وصلى النبي ﷺ على الغامدية بعدما رجمت**) ش: وقد روى الجماعة إلا البخاري عن ابن حصين « **أن امرأة من جهينة أتت النبي ﷺ وهي حبلى من الزنا ، فقالت يا نبي الله أصبت حداً فأقمه علي** .... الحديث ، وفيه ثم أمر بها فرجمت ثم صلى عليها . . . الحديث .

---

(١) أبو داود [٤٤٤٣] .

وصلى النبي عليه السلام على الغامدية بعدما رجمت ، وإن لم يكن محصناً وكان حراً فحده مائة جلدة ؛ لقوله تعالى : ﴿الزانيةوالزانـي فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة﴾ (النور:الآية٢) ، إلا أنه انتسخ في حق المحـصن ، فبقي في حق غـيره معمـولاً به . قال : يأمر الإمام بضـربه بسوط لا ثمرة له ضرباً متوسطاً ؛ لأن علياً -رضي الله عنه- لما أراد أن يقيم الحد كسر ثمرته

وصح في السنن أيضًا أن النبي ﷺ صلى على الغامدية ودفنت ، وفي حديثها : لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس لغفر له ، وصاحب المكس : هو العشار منها ، والمكس ما يأخذه .

م: (**وإن لم يـكن**) ش: أي وإن لم يكـن الزاني المقـر م: (**محـصنًا وكان حرًا فحـده مائة جلدة ، لقـوله عز وجل ﴿ الزانيـة والزاني فاجـلدوا كل واحد منهـما مـائة جلدة ﴾**) ش: قـوله الزانية مبتـدأ ، والزاني عطف عليه ، والخبر محذوف تقديره فيما فرض عليكم، الزانية والزاني ، أي حكمهما وهو الجلد ويجوز أن يكون الخبـر قـوله فاجلدوا ، وهو مـذهب المبرد ، والأول مـذهب الخليل وسيبويه . ودخول الباء في الخبر لتضمن المبتدأ معنى الشرط ، لأن الألف واللام فيه بمعنى الذي أي التي زنـت والذي زنى فـاجلدوهمـا ، كـقـولك من زنى فـاجلدوا ، كـذا قرره الأترازي وفـيـه تأمل .

م: (**إلا أنه انتـسخ في حق المحصن فـبقي في حق غـيره مـعمـولاً به**) ش: في حق المحـصن بـآية أخرى غيره ، بيانه أن قوله تعالى﴿ **الزانية والزاني فاجلدوا** ﴾ (النور : الآية ٢) ، والآية عـامة في المحصـن وغيره ، وإلا أنه انتسـخ في حق آية أخـرى ، فنسـخت تـلاوتها وبقـي حكمهـا، والآية الأخرى هي قـوله - الشيخ والشيخة فـارجموهمـا البتة نكالاً من الله ، والله عـزيز حكيم - رواها عمر -رضي الله عنه -في خطبته بحضرة الصحابة -رضي الله عنهم - من غير نكير .

وقال : إن مما يتلى في كتاب الله : الشيخ والشيخة إذا زنيا فارجموهما البتة نكالاً من الله ، والله عزيز حكيم ، ولا يتمه في روايته إلا أن الله تعالى صرفها من قلوب العباد لحكمة لم يكتبها عمر في المصحف ، وقال : لو كان يقول الناس زاد عمر في كتاب الله لكتبتها .

م: (**يأمر الإمام بضربه**) ش: أي بضرب الزاني غير المحصن م: (**بسوط لا ثـمرة له**) ش: ثمرة السـوط عقـد أطرافه ، ذكـره في «الصـحاح» . وقيل المراد بالثمرة ذنبه وطرفه ، لأنه إذا كـان ذلك يصير الضربة ضربتين .

وهذا أصح ، لما روي أن عليًا -رضي الله عنه - جلد الوليد بسوط له طرفان ، وفي رواية له ذنبان أربعين جلدة ، فكانت الضربة ضربتين ، والأول هو المشهود م: (**ضربًا متوسطًا**) ش: أي بين القـوي والضـعيف ، والآن يفسره المصنف ، لما روي م: (**لأن عليًـا -رضي الله عنه -لما أراد أن يقـيم الحد كسر ثمرته**) ش: هذا غريب .

وروى ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا عيسى بن يونس عن حنظلة العدوي ، قال : سمعت

والمتوسط بين المبرح وغير المؤلم لإفضاء الأول إلى الهلاك الهلاك وخلو الثاني عن المقصود ، وهو الانزجار ، وينزع عنه ثيابه معناه دون الإزار ؛ لأن علياً -رضي الله عنه- كان يأمر بالتجريد في الحدود ، ولأن التجريد أبلغ في إيصال الألم إليه ، وهذا الحد مبناه على الشدة في الضرب

أنس بن مالك -رضي الله عنه -يقول كان يؤمر بالسوط فيقطع ثمرته ، ثم يدق بين حجرين ، حتى يلين ثم يضرب به .

قلنا : لأنس في زمان من كان ، قال : في زمان عمر بن الخطاب -رضي الله عنه-وروى عبد الرزاق في مسنده عن معمر عن يحيى بن أبي كثير أن رجلاً أتى النبي ﷺ ، فقال : يا رسول الله ، إني أصبت حداً فأقمه علي ، فدعا رسول الله ﷺ بسوط ، فأتي بسوط جديد عليه ثمرته فقال : لا ، سوط دون هذا ، فأتي بسوط مكسور العجز فقال : لا ، سوط فوق هذا ، فأتي بسوط بين السوطين فأمر به فجلد[1] .

م: (**والمتوسط بين المبرح وغير المؤلم**) ش: والمبرح غير[المؤلم] بكسر الراء من برح في هذا الأمر غلط علي ، واشتد ومن برحاء الحمى ، وغيرها شدة الأذى ، والمؤلم بكسر اللام أي الموجع من الإيلام م: (**لإفضاء الأول إلى الهلاك**) ش: المبرح م: (**وخلو الثاني**) ش: وهو المؤلم م: (**عن المقصود وهو الانزجار**) ش: وفي « فتاوى الولوالجي » إذا كان رجل وجب عليه الحد وهو ضعيف الجلد فخيف عليه الهلاك إذا ضرب ، يجلد جلداً خفيفًا مقدار ما يتحمله .

م: (**وينزع عنه ثيابه**) ش: هذا لفظ القدوري ، وقال المصنف م: (**معناه دون الإزار**) ش: يعني معنى كلام القدوري ينزع ثياب الزاني غير المحصن دون الإزار م: (**لأن عليًا- رضي الله عنه - كان يأمر بالتجريد في الحدود**) ش: وهذا غريب وقد روي عنه خلاف رواية عبد الرزاق في « مصنفه » ، أخبرنا الثوري عن جابر عن القاسم بن عبد الرحمن عن أبيه عن علي - رضي الله عنه - أنه أتي برجل في حد وعليه كساء قسطلاني فضربه قاعداً .

م: (**ولأن التجريد أبلغ في إيصال الألم إليه**) ش: أي إلى المضروب ، وبخلافه[ما] رواه عبد الرزاق في «مصنفه» عن ابن عيينة عن مطرف عن الشعبي قال : سألت المغيرة بن شعبة عن القاذف ، أتنزع عنه ثيابه ؟ قال: لا تنزع عنه ، إلا أن يكون فرواً أو محشواً .

وقال أخبرنا الثوري عن جويبر عن الضحاك بن مزاحم عن ا بن مسعود قال : لا يحل في هذه الأمة التجريد ولا أمدٌ ، ولا غلٌ ، ولا صفد .

م: (**وهذا الحد**) ش: أي حد الزنا م: (**مبناه على الشدة في الضرب**) ش: احترز به عن حد القذف ، فإن القاذف يضرب وعليه ثيابه ولكن ينزع عنه الفرو ، والحشو .

---

(١) مصنف عبد الرزاق«٧/ ٣٦٩ » حديث « ١٣٥١٥ » .

وفي نزع الإزار كشف العورة فليتوقاه، ويفرق الضرب على أعضائه لأن الجمع في عضو واحد، قد يفضي إلى التلف . والحد زاجر لا متلف ، قال : إلا رأسه ووجهه وفرجه، لقوله عليه السلام للذي أمره بضرب الحد: اتق الوجه والمذاكير

وبه قال مالك - رحمه الله - ، وقال الشافعي وأحمد : لا ينزع بل يترك عليه قميص أو قميصان م: (**وفي نزع الإزار كشف العورة فليتوقاه**) ش: يعني يحترز منه ولاينتزع م: (**ويفرق الضرب على أعضائه**) ش: أعضاء المحدود على الكتفين والذراعين والعضدين والساقين والقدمين .

م: (**لأن الجمع**) ش: أي جمع الضرب م: (**في عضو واحد قد يفضي إلى التلف**) ش: وذلك غير مستحق عليه م: (**والحد زاجر لا متلف**) ش: يعني الحد شرع للزجر لا للإتلاف م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**إلا رأسه ووجهه وفرجه**) ش: هذا استثنى من قوله ويعرف الضرب على أعضائه . وقال الحاكم الشهيد في «الكافي» : ويعطي كل عضو حظه من الضرب ، ما خلا الوجه والرأس والفرج ، وفي قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف - رحمه الله- يضرب الرأس أيضًا . وكان قوله والأقوال مثل قول أبي حنيفة - رحمه الله - في « شرح الطحاوي» وروي عن أبي يوسف أنه قال : يضرب على الرأس ضربة واحدة .

وعند الشافعي - رحمه الله - يضرب كله على الظهر ، وكذا ذكر عن الشافعي - رحمه الله - في «الكافي» ،و «المنظومة» ، وهذا خلاف ما ذكر في كتبه المشهورة ، ولهذا قال في« شرح المجمع» : يتركب ذكر الخلاف ، وعن مالك يخص الضرب على الظهر وما يليه .

وروى ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - أنه يضرب الظهر في التعزير ، وفي الحدود يضرب الأعضاء ، وقال الحسن بن صالح : يضرب في التعزير أيضًا الأعضاء كلها إلا الوجه والمذاكير .

ولا خلاف في اتقاء الوجه والفرج م: (**لقوله ﷺ للذي أمره بضرب الحد ، اتق الوجه والمذاكير**) ش: هذا الحديث غريب مرفوعًا [. . . .] ، وروي موقوفًا عن علي - رضي الله عنه - رواه ابن أبي شيبة في « مصنفه» ، حدثنا حفص بن عمر عن ابن أبي ليلى - رحمه الله - عن عدي بن ثابت عكرمة بن خالد عن علي - رضي الله عنه - «**قال : أتى عليًا رجل في حد فقال : اضرب وأعط كل عضو حقه ، واتق الوجه والمذاكير**»[1] ورواه عبد الرزاق أيضًا في « مصنفه » ، والمذاكير : جمع الذكر ، على خلاف القياس ، كأنهم فرقوا بذلك الجمع بين المذكور الذي هو الفحل ، وبين الذكر الذي هو العضو .

والنهي عن ضرب الوجه في الصحيحين عن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال قال رسول

---

(١) رواه عبد الرزاق في المصنف (٧/ ٣٧٠) حديث [١٣٥١٧].

ولأن الفرج مقتل والرأس مجمع الحواس ، وكذا الوجه وهو مجمع المحاسن أيضاً ، فلا يؤمن فوات شيء منها بالضرب وذلك إهلاك معنى ، فلا يشرع حداً ، وقال أبو يوسف -رحمه الله- يضرب الرأس أيضاً رجع إليه ، وإنما يضرب سوطاً لقول أبي بكر -رضي الله عنه- اضربوا الرأس فإن فيه شيطاناً ، قلنا تأويله ، أنه قال ذلك فيمن أبيح قتله ، ذلك ورد في مشرك من أهل الحرب

الله ﷺ : « **إذا ضرب أحدكم فليتق الوجه** » وأخرج مسلم عن جابر - رضي الله عنه - قال نهى النبي ﷺ عن الضرب في الوجهين وعن الوشم في الوجه .

م: (**ولأن الفرج مقتل**) ش: أي موضع قتل يؤدي إلى الهلاك م: (**والرأس مجمع الحواس**) ش: فيخاف منها على غاية عقله وعامة حواسه م: (**وكذا الوجه وهو مجمع المحاسن أيضًا**) ش: هو جمع حسن على خلاف القياس م: (**فلا يؤمن فوات شيء منها**) ش: أي من الحواس والمحاسن م: (**بالضرب وذلك إهلاك معنى**) ش: لأنه يضرب مثله وهي منهية فإذا كان كذلك م: (**فلا يشرع حدًا**) ش: أي فلا يشرع شيء من ذلك من حيث الحد .

م: (**وقال أبو يوسف - رحمه الله - يضرب الرأس أيضًا رجع إليه**) ش: أي إلى ضرب الرأس كان يقول أولاً لا يضرب الرأس ثم رجع وقال م: (**وإنما يضرب سوطًا**) ش: وبه قال الشافعي - رحمه الله - في أظهر الوجهين وفي «الإيضاح» : ولا يضرب الرأس عادة، لأن ضربه سوطًا وسوطين يخشى منه ؛ يجيء منه الفساد .

روى صاحب «الأجناس» من كتاب الحدود ، أملاه رواية أبي سليمان ، قال أبو يوسف : يتقي الوجه والفرج والبطن والصدر ، ويضرب الرأس ، وقال في «الكامل» ومن نص مشايخنا لا يضرب الصدر والبطن لأنه يقتل كالرأس .

م: (**لقول أبي بكر - رضي الله عنه - اضربوا الرأس فإن فيه شيطانًا**) ش: هذا رواه ابن أبي شيبة في « مصنفه » : حدثنا وكيع عن المسعودي عن القاسم أن أبا بكر - رضي الله عنه - أتي برجل انتفى من أبيه ، فقال أبو بكر - رضي الله عنه - اضرب الرأس فإن الشيطان في الرأس ، والمسعودي ضعيف .

م: (**قلنا تأويله**) ش: أي تأويل قول أبي بكر - رضي الله عنه - م: (**أنه قال ذلك**) ش: أي اضربوا الرأس م: (**فيمن أبيح قتله**) ش: قال الأترازي : وأمر أبي بكر ليس حجة لأبي يوسف م: (**ذلك ورد في مشرك من أهل الحرب**) ش: محلوق الرأس وضرب رأسه وجب ، والهلاك مستحق ، كذا أجاب عنه فخر الإسلام وغيره ، في شرح «الجامع الصغير» ، انتهى .

قلت : فيه نظر من وجوه :

كان من دعاة الكفرة والإهلاك فيه مستحق ، ويضرب في الحدود كلها قائماً . غير ممدود ؛ لقول علي -رضي الله عنه- : يضرب الرجال في الحدود قياماً والنساء قعوداً ، ولأن مبنى إقامة الحد على التشهير ، والقيام أبلغ فيه ثم قوله غير ممدود فقد قيل : المد أن يلقى على الأرض ويمد ، كما يفعل في زماننا ، وقيل أن يمد السوط فيرفعه الضارب فوق رأسه ، وقيل أن يمده بعد الضرب

الأول : أن أمر أبي بكر - رضي الله عنه - ورد في رجل ابتغى من أبيه ولم يذكر فيه ، من مشرك من أهل الحرب .

الثاني : إن المشرك من أهل الحرب إذا دخل دار الإسلام بأمان لا يقتل ، والظاهر أن أحدًا منهم لا يدخل إلا بأمان فلا يقتل .

الثالث : لو سلمنا أن هذا المشرك إذا استحق القتل يقتل بلا ضرب على رأسه ، لأن الشارع أمر بإحسان القتل ، وهذا كله على تقدير أن يكون أمر أبي بكر - رضي الله عنه - صحيحًا ، وهو ضعيف .

كذا ذكرنا فلا يحتاج إلى تطويل الكلام فيه ، ونقل أنه - أي أن أمر أبي بكر - رضي الله عنه - ورد في حربي م: **(كان من دعاة الكفر عنه)** ش: أي يدعو الناس إليهم ، وقد مر الكلام فيه م: **(والإهلاك فيه)** ش: أي هذا الحربي الذي هو من دعاة الكفرة م: **(مستحق)** ش: والتعذيب بضرب الرأس قبل القتل غير مستحق لما ذكرنا م: **(قال)** ش: أي محمد - رحمه الله - في «الجامع الصغير» م: **(ويضرب في الحدود كلها قائماً)** ش: أي حال كونه قائمًا م: **(غير ممدود لقول علي - رضي الله عنه - قال : يضرب الرجال في الحدود قيامًا والنساء قعوداً)** ش: هذا أخرجه عبد الرزاق في «مصنفه» .

أخبرني الحسن بن أبي عمارة عن الحكم عن يحيى بن الجزار عن علي - رضي الله عنه - قال : يضرب الرجل قائمًا والمرأة قاعدة في الحد ، قوله قيامًا أي قائمين وقعودًا أي قاعدات ، كذا قيل .

قلت : القعود جمع قاعدين ، وجمع النساء قواعد جمع قاعدة .

م: **(ولأن مبنى إقامة الحد على التشهير ، والقيام أبلغ فيه)** ش: أي في الرجل م: **(ثم قوله)** ش: أي قول محمد م: **(غير ممدود)** ش: أي حال كونه غير ممدود ، واختلفوا فيه م: **(فقد قيل المد أن يلقى على الأرض ويمد كما يفعل في زماننا)** ش: بعد أن ينعقد رجل على رأسه والآخر على رجله .

م: **(وقيل أن يمد السوط فيرفعه الضارب فوق رأسه وقيل أن يمده بعد الضرب)** ش: قال تاج الشريعة - رحمه الله - يعني بعد ما أوقع السوط على البدن لا يمده لأنه زيادة مبالغة لم يرد به الأثر ، ولا روي فيه الخبر ، وقال بعضهم : لا يمد المحدود بين العقابين كما يفعل بين يدي الظلمة

وذلك كله لا يفعل ، لأنه زيادة على المستحق . وإن كان عبداً ، جلده خمسين جلدة ؛ لقوله تعالى ﴿فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب﴾ (النساء:الآية٢٥) ، نزلت في الإماء ، ولأن الرق منقص للنعمة ، فيكون منقصاً للعقوبة ، لأن الجناية عند توافر النعم أفحش ، فيكون أدنى التغليظ والرجل والمرأة في ذلك سواء ، لأن النصوص تشملهما غير أن المرأة لا ينزع من ثيابها إلا الفرو والحشو ، لأن في تجريدها كشف العورة والفرو والحشو يمنعان وصول الألم إلى المضروب

لأنه بدعة ، والعقابان عودان ينصبان بقودين في الأرض، يمد بينهما المضروب أو المصلوب.

م: (**وذلك كله لا يفعل**) ش: ذلك إشارة إلى ما ذكر من الإقرار م: (**لأنه زيادة على المستحق**) ش: لأنه يكون ظلمًا ، والمستحق قدر الحد ، قالوا في الحدود كلها لا يمسك ولا يربط ، ولا يبطح ، بل يترك قائمًا إلا أن يعجزهم ، فلا بأس أن يشدوه على اسطوانة ونحوها، وعند مالك: يضرب جالسًا ولكن غير ممدود .

م: (**وإن كان**) ش: أي الزاني م: (**عبدًا جلده**) ش: أي جلده القاضي م: (**خمسين جلدة لقوله تعالى** ﴿ **فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب** ﴾ (النساء : الآية ٢٥) نزلت م: (**في الإماء**) ش: وقبلها ﴿ **فإذا أحصن ،فإن أتين بفاحشة فعليهن** ﴾أي الإماء إذا أحصن ، أي تزوجن ، فإن أتين بفاحشة أي زنين ﴿ **فعليهن نصف ما على المحصنات**﴾ أي الحرائر من العذاب ، أي الحد ، أي عليهن نصف الحد ، والحد مائة جلدة ، على الحر أو الحرة ، إذا لم يكونا محصنين ، نصف ذلك خمسون ، فيكون ذلك حد الأمة .

فإذا كان ذلك حد الأمة ، فيكون حد العبد أيضًا ، لأن المؤثر للنقصان فيهما واحد م: (**ولأن الرق منقص للنعمة**) ش: ألا ترى أن العبد لا يتزوج إلا اثنين ، والأمة من القسم نصف ما للحرة ،[و] أن الرق منقص للنعمة م: (**فيكون منقصًا للعقوبة ، لأن الجناية عند توافر النعم**) ش: أي عند تكاثر النعم - بكسر النون جمع نعمة- م: (**أفحش**) ش: **يؤيده قوله تعالى** ﴿ **يا نساء النبي من يأت منكن بفاحشة مبينة يضاعف لها العذاب ضعفين** ﴾ (الأحزاب : الآية ٣٠) **ثم قال** ﴿ **يا نساء النبي لستن كأحد من النساء** ﴾ (الأحزاب : الآية ٣٢) .

ثم أيد بالعذاب في الأمة الجلد لا الرجم ، بدلالة السياق ، لأن الرجم قتل ، والقتل ينتصف قائمًا ، وإنما عليهن نصف الشيء الذي له النصف ، وهو الجلد .

م: (**فيكون أدعى إلى التغليظ**) ش: أي فيكون الجناية عند توافر النعم أدعى إلى التغليظ فيما يستحق عليه م: (**والرجل والمرأة في ذلك**) ش: أي في الحد م: (**سواء ، لأن النصوص تشملهما غير أن المرأة لا ينزع من ثيابها إلا الفرو والحشو ، لأن في تجريدها كشف العورة والفرو والحشو**) ش: هو الثوب المحشو بالقطن ونحوه م: (**يمنعان وصول الألم إلى المضروب**) ش: لكنها فيهما .

والستر حاصل بدونهما فينزعان ، وتضرب جالسة لما روينا ، ولأنه أستر لها ، قال : وإن حفر لها في الرجم جاز ، لأنه عليه السلام حفر للغامدية إلى ثندوتها ، وحفر علي -رضي الله عنه- لشراحة الهمدانية .

م: (**والستر**) ش: أي ستر المضروب م: (**حاصل بدونهما**) ش: أي بدون الفرو والحشو م: (**فينزعان**) ش: ليصل الألم إلى بدنها م: (**وتضرب**) ش: أي المرأة م: (**جالسة لما روينا**) ش: من حديث علي - رضي الله عنه - وهو قوله يضرب الرجال في الحدود قيامًا والنساء قعودًا .

م: (**ولأنه**) ش: أي ولأن الضرب وهي جالسة م: (**أستر لها**) ش: لأنها تنضم وتتجمع م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**وإن حفر لها في الرجم جاز ، لأنه عليه الصلاة والسلام**) ش: أي لأن النبي ﷺ م: (**حفر للغامدية إلى ثندوتها**) ش: هذا الحديث رواه أبو داود - رحمه الله - في «سننه» حدثنا عثمان بن أبي شيبة ، حدثنا وكيع بن الجراح عن زكريا بن سليم أبي عمران ، قال سمعت شيخًا يحدث عن ابن أبي بكرة عن أبيه أن النبي ﷺ رجم امرأة فحفر لها إلى الثندوة ، وفيه مجهول ، وحديثها في مسلم من رواية بريدة وفيه « **ثم أمر بها ، فحفر لها إلى صدرها ، ثم أمر الناس فرجموها**»[(١)] ويوجد في بعض نسخ «الهداية» حفر لها إلى ثديها ، والثدي يذكر ويؤنث .

قال الجوهري : الثدي للرجل والمرأة ، وقال ابن فارس : الثدي للمرأة ، ويقال للرجل ثندوة ، وهذا مشعر بتخصيص الثندوة بالرجل ، قال : ولم أجدًا أحدًا من أهل اللغة ذكر استعمال الثندوة في المرأة .

قلت : حديث أبي داود فيه استعماله للمرأة ، ودعوى تخصيص الثندوة بالرجل ما قد وقع في « الصحيح» أن رجلاً وضع ذباب سيفه بين ثدييه .

وذكر في «المغرب» ، أن الثندوة بفتح الدال والواو ، وبالضم والهمزة ، فوضع الواو والدال في الحالين مضمومة ثدي الرجل ، أو لحم الثديين ، وقال في «المجمل» ثندوة الرجل كثدي المرأة وهو مشهور ، إذا ضم أوله فإذا فتح لم يهمز .

ويقال هو ضرب الثدي ، فعلى هذا يكون ، المراد من الحديث طرف الثدي ، وهو قوله م: (**وحفر علي - رضي الله عنه - لشراحة الهمدانية**) ش: هذا أخرجه أحمد - رحمه الله - في «مسنده» عن يحيى بن سعيد عن مجالد عن الشعبي ، قال : كان لشراحة زوج غائب بالشام ، وأنها حملت ، فجاء بها مولاها إلى علي - رضي الله عنه - فقال : إن هذه زنت ، فاعترفت فجلدها يوم الخميس ورجمها يوم الجمعة ، وحفر لها إلى السرة وأنا شاهد، الحديث ، وقوله م: (**الهمدانية**) ش: نسبة إلى همدان بفتح الهاء وسكون الميم حي من العرب ، كذا نقل الأترازي - رحمه الله - عن «ديوان الأدب » .

---

(١) أبو داود [٤٤٤٣] .

وإن ترك الحفر لا يضره، لأنه عليه السلام لم يأمر بذلك ، وهي مستورة بثيابها ، والحفر أحسن ، لأنه أستر ، ويحفر إلى الصدر لما روينا ، ولا يحفر للرجل لأنه عليه السلام ، ما حفر لماعز -رضي الله عنه- ولأن مبنى الإقامة على التشهير في الرجال والربط والإمساك غير مشروع ، ولا يقيم المولى الحد على عبده ، إلا بإذن الإمام ، وقال الشافعي -رحمه الله- له أن يقيمه

قلت : اسم همدان أوسلة بن مالك بن زيد بن ربيعة - رحمه الله - شعب عظيم ينسب إليه خلق كثير من الشعراء والعلماء ، والفرسان ، وأما همذان بفتح الهاء وفتح الميم وبالذال المعجمة مدينة من أشهر مدن الجبال [. . . .] .

م: (**وإن ترك الحفر لا يضره ، لأنه عليه السلام لم يأمر بذلك**) ش: وهذا ذهول من المصنف وتناقض، فإنه يقدم في كلامه أنه عليه الصلاة السلام ، حفر للغامدية وهو في مسلم م: (**وهي مستورة بثيابها والحفر أحسن ، لأنه أستر ، ويحفر إلى الصدر لما روينا**) ش: أي من حديث الغامدية حيث حفر لها إلى الثدوة .

م: (**ولا يحفر للرجل لأنه ﷺ**) ش: أي لأن النبي ﷺ م: (**ما حفر لماعز - رضي الله عنه -**) ش: رواه مسلم من حديث أبي سعيد الخدري - رضي الله عنه - قال : إنما أمر النبي ﷺ برجم ماعز بن مالك - رضي الله عنه - فرجمنا به البقيع فوالله ما أوثقناه ، ولا حفرنا له ولكنه قام . . . الحديث ودفع في حديث مسلم أيضًا .

لأنه حفر له من رواية بريدة وقتيبة ، فلما كانت الرابعة حفرت له حفرة ، وأمر به، فرجم ، وفي مسند أحمد - رحمه الله - أيضًا من حديث أبي ذر - رضي الله عنه- أنه عليه الصلاة والسلام حَفَرَ له ، والتوفيق بين الروايتين ، أن الأخذ برواية المثبت، أولى من رواية النافي ، لا قال أنه ما يذكره ولا يلزم منه عدم الوقوع .

م: (**ولأن مبنى الإقامة**) ش: أي إقامة الحد م: (**على التشهير في الرجال**) ش: وترك الحفر أبلغ في ذلك ، قال الأترازي - رحمه الله - : وهذا هو ظاهر الرواية ، وقال الطحاوي - رحمه الله- إن شاءوا حفروا له وإن شاءوا لم يحفروا له م: (**والربط والإمساك غير مشروع**) ش: يعني في الرجم وذلك لأن ماعزًا - رضي الله عنه - لم يربط ولم يمسك ، وقد ذكرنا أنه إذا تصعب يربط .

م: (**ولا يقيم المولى الحد على عبده إلا بإذن الإمام ، وقال الشافعي- رحمه الله - له أن يقيمه**) ش: أي للمولى أن يقيم الحد على مملوكه ، وبه قال مالك وأحمد - رحمهما الله - ، وعن مالك لا يجوز أن يتولى المولى إقامة الحد في الأمة المتزوجة ، وفي العبد يتولى بكل حال ، ولأصحاب الشافعي - رحمهم الله - في الأول وجهان :

أحدهما : السيد أولى لفرض استصلاح ملكه ، وأظهرهما أن الإمام أولى لولايته العامة ، وليخرج عن الخلاف وهذا فيما إذا عاين سيده من العبد ، أو أقر العبد [به] عنده ، أما لو ثبت

لأن له ولاية مطلقة عليه ، كالإمام ، بل أولى لأنه يملك من التصرف فيه ، ما لا يملكه الإمام ، فصار كالتعزير، ولنا قوله عليه السلام أربع إلى الولاة ، وذكر منها الحدود

بالبينة فله فيه قولان ، وفي حد القذف والقصاص له وجهان .

م: **(لأن له)** ش: أي للمولى م: **(ولاية مطلقة عليه)** ش: أي على عبده م: **(كالإمام بل أولى ، لأنه يملك من التصرف فيه ، ما لا يملكه الإمام فصار كالتعزير)** ش: حيث يجوز للمولى أن يعزر عبده بدون إذن الإمام .

م: **(ولنا قوله عليه الصلاة السلام)** ش: أي قول النبي ﷺ م: **(أربع إلى الولاة ، وذكر منها الحدود)** ش: هذا غريب ، وروى ابن أبي شيبة في مصنفه ، حدثنا عبدة بن عاصم عن الحسن قال : أربعة إلى السلطان الصلاة والزكاة والحدود والقصاص .

حدثنا ابن مهدي عن حماد بن سلمة عن حبلة بن عطية عن عبد الله بن جرير قال : الجمعة والحدود والزكاة والفيء إلى السلطان .

حدثنا عمر بن أيوب عن مغيرة بن زياد عن عطاء الخراساني قال : إلى السلطان الزكاة والجمعة والحدود ، وقال : الأترازي - رحمه الله - ولنا ما روى أصحابنا في كتبهم عن ابن مسعود وابن عباس وابن الزبير - رضي الله عنهم - موقوفًا ومرفوعًا أربع إلى الولاة ، الحدود والصدقات والجماعات والفيء .

وكذا قال الكاكي - رحمه الله - نحوه ، غير أنه قال مرفوعًا إلى النبي ﷺ قال : أربع إلى الولاة إلى آخره وكذا قال الأكمل - رحمه الله - فانظر إلى هذا التقصير من هؤلاء ، كيف سكتوا عن تحرير الحديث الذي ذكره المصنف من غير أصل ، والخصم الذي يحتج لمذهبه بالأحاديث الصحيحة هل يرضى بهذا الحديث الذي ليس له أصل .

وأما ما احتج به الخصم فيما ذهب إليه ما رواه الترمذي - رحمه الله - بإسناده إلى أبي عبد الرحمن السلمي - رحمه الله - قال خطب علي - رضي الله عنه - فقال : يا أيها الناس أقيموا الحدود على أرقائكم من أحسن منهم ومن لم يحسن ، وأن أمة لرسول الله ﷺ زنت فأمرني أن أجلدها فأتيتها ، فإذا هي حديث عهد بنفاس فخشيت إن أنا جلدتها أن أقتلها ، أو قال : تموت ، فأتيت رسول الله ﷺ فذكرت ذلك له ، فقال : أحسنت ، هذا حديث صحيح .

وروى الترمذي - رحمه الله - أيضًا عن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال : قال رسول الله ﷺ « **إذا زنت أمة أحدكم، فليجلدها ثلاثًا بكتاب الله تعالى ، فإن عادت فليبعها، ولو بحبل من شعر**[1] » وفي رواية أبي داود - رحمه الله - من حديث علي - رضي الله عنه - المذكور ، وأقيموا

---

(١) الترمذي [١٤٨١] ، ابن ماجة [٢٥٦٥].

ولأن الحد ، حق الله تعالى ، لأن المقصود منه ، إخلاء العالم عن الفساد ، لهذا لا يسقط بإسقاط العبد

الحدود على ما ملكت أيمانكم .

وأجاب الأترازي عن هذا : بأن ذلك محمول على السبب بأن يكون المولى سبب في حد عبده ، بالمرافعة إلى الإمام وإنما قلنا ذلك ، لأن ظاهره متروك بالإجماع ، لأنه يقتضي الوجوب ولا يجب على المولى إقامة الحد على عبده بالإجماع ، أما على مذهبنا فظاهر .

وكذا على مذهبه أي مذهب الشافعي - رحمه الله - ، لأنه يجوز أن يقيم الحد على عبده ، ولا يجب عليه ، فلما كان الحديث متروك الظاهر حملناه على ما قلناه .

وقال الكاكي - رحمه الله - : وفائدة تخصيص المماليك أنه لا يحملهم المشقة على ملكهم على الامتناع على إقامة الحد عليهم .

م: (**ولأن الحد ، حق الله تعالى**) ش: فلا يجوز للمولى أن يستوفيه ، لأنه أجنبي في حقه ، فلا يجوز للأجنبي أن يتصرف في حق غيره م: (**ولأن المقصود منه إخلاء العالم عن الفساد**) ش: بتحقق الحكومة إلى يوم التناد م: (**ولهذا لا يسقط بإسقاط العبد**) ش: فتكون الولاية مستحقة بالنيابة والسلطان نائبه ، أما المولى فولايته بالملك فلا يصلح نائبًا عنه وقد استدل هذا الكلام بقوله الحق ، ولما قلتم أن الحد حق الله تعالى ونحن لا نسلم ذلك ولئن سلمنا ، لكن لا نسلم أن كونه حق الله تعالى ينافي كونه حقًا للعبد ، ولما [لا] يجوز أن يكون حقًا للمولى أيضًا .

ثم تكلم بكلام طويل يذهل ذهن الناظر فيه ، ونحن نقول ما قاله تاج الشريعة- رحمه الله - ملخصًا ، وهو أن الحق مستعمل غير مضاف ومعناه وجود الثبوت ويذكر في مقابلة الباطل يقال هذا حق وهذا باطل ويستعمل مضافًا ، وهو استحق به الغير أو يطلب منه رعاية جانب الغير على وجه يليق به .

فإن حق الله تعالى ما طلبه منه رعاية جانبه وعلى وجه يليق به وهو تعظيمه ، وامتثال أمره ، وحق الإنسان ما طلب منه رعاية جانب منه على وجه يليق به ، وهو كونه نافعًا في حقه ، دافعًا للضرر عنه ، وإنما قلنا حق الله لأن الجناية وردت على حقه ، لأن حرمة الزنا وشرب الخمر لحق الله تعالى ، ولهذا لا يعمل فيه رضى الغير ولا يسقط بإسقاطه .

والواجب بالجناية على حق الغير ، يكون منها حقًا لذلك الغير ، وكذا يستحب للإمام الاختيار فيه للدرء ، ولا يستحب له ذلك في حق العبد ، ولايتمكن من استيفاء كل حق إلا لصاحبه أو نائبه .

كما في غيره من الحقوق وقياسه على التقرير لا يصح لأنه حق العبد إذ المقصود منه التأديب

فيستوفيه من هو نائب عن الشرع ، وهو الإمام أو نائبه ، بخلاف التعزير ؛ لأنه حق العبد ولهذا يعزر الصبي ، وحق الشرع موضوع عنه . قال : وإحصان الرجم أن يكون حراً عاقلاً بالغاً مسلماً قد تزوج امرأة نكاحاً صحيحاً ، ودخل بها وهما على صفة الإحصان . فالعقل ، والبلوغ ، شرط لأهلية العقوبة ، إذ لا خطاب دونهما ، وما وراءهما يشترط لتكامل الجناية بواسطة تكامل النعمة إذ كفران النعمة يتغلظ عند تكثرها

وهذا العذر من لا يخاطب لحقوق الله تعالى ، كالصبي ، ولهذا أي ولأجل كون الحد حق الله تعالى قوله تعالى يسقط بإسقاط العبد .

م: (**فيستوفيه من هو نائب عن الشرع وهو الإمام**) ش: أي الخليفة م: (**أو نائبه**) ش: كالقاضي ونحوه م: (**بخلاف التعزير**) ش: جواب عن قول الشافعي ، فصار كالتعزير ، بيانه أن التعزير مفارق الحد م: (**لأنه حق العبد ولهذا**) ش: إيضاح لقوله حق العبد م: (**يعزر الصبي ، وحق الشرع**) ش: أي والحال أن حق الشرع م: (**موضوع عنه**) ش: لأنه غير مخاطب م: (**وإحصان الرجم**) ش: قيد به احترازًا عن إحصان القذف ، فإنه غير هذا على ما يجيء .

و«الإحصان» و«التحصين» في اللغة : المنع ، قال الله تعالى ﴿ **لتحصنكم من بأسكم** ﴾ (الأنبياء : الآية ٨٠) وقال : ﴿ **في قرى محصنة** ﴾ وقيل : الأصل الدخول في الحصن ، وورد الشرع بمعنى الإحصان ، وبمعنى العقل وبمعنى الحرية وبمعنى التزويج ، وبمعنى الإصابة في النكاح ، ويقال : أحصنت المرأة أي عفت ، وأحصنها زوجها ، وأحصن الرجل بزوج .

م: (**أن يكون حرًا عاقلاً بالغًا مسلمًا ، قد تزوج امرأة نكاحًا صحيحًا ودخل بها ، وهما على صفة الإحصان**) ش: هذا على صفة الإحصان ، هذا لفظ القدوري في« مختصره »، وشرح المصنف - رحمه الله - لبيان هذا والشروط بقوله م: (**فالعقل والبلوغ شرط لأهلية العقوبة ، إذ لا خطاب دونهما**) ش: أي دون العقل والبلوغ لقوله عليه الصلاة والسلام : « رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم ، وعن المجنون حتى يعقل »، ولأن الرجم عقوبة ، وهما ليسا أهل العقوبة .

م: (**وما وراءهما**) ش: أي ما وراء العقل والبلوغ من الشرائط م: (**يشترط لتكامل الجناية بواسطة تكامل النعمة**) ش: وذلك لأن الرجم ، نهاية في العقوبة فيكون سببه نهاية في الجناة أيضًا ، لأن السبب أبدًا ، يثبت بحد ثبوت السير حسًا وشرعًا ، وتناهي الجناية إنما يكون إذا وجدت هذه الشرائط في الزاني ، إذ عند وجودها يتوافر النعم والجناية ، عند توافر النعم أغلظ ، وأفحش ، أشار إليه بقوله : م: (**إذ كفران النعمة يتغلظ عند تكثرها**) ش: أي عند تكثر النعمة ، والنعمة ما أنعم الله على عباده من مال أو رزق ، كذا في «الجمهرة» ، وفي «الاصطلاح» : يعني بها النفع الواصل من جهة الغير من غير سابقة الاستحقاق ، على ذلك الغير .

وهذه الأشياء من جلائل النعم ، وقد شرع الرجم بالزنا عند استجماعها ، فيناط به بخلاف الشرف والعلم ، لأن الشرع ما ورد باعتبارهما ، ونصب الشرع بالرأي متعذر ، ولأن الحرية ممكنة من النكاح الصحيح، والنكاح الصحيح، ممكن من الوطء الحلال، والإصابة شبع بالحلال. والإسلام يمكنه من نكاح المسلمة ويؤكد اعتقاد الحرمة فيكون الكل مزجرة عن الزنا، والجناية بعد توافر الزواجر أغلظ

م: (**وهذه الأشياء**) ش: أي الحرية والعقل والبلوغ والإسلام والدخول بها في نكاح صحيح وهما على صفة الإحصان م: (**من جلائل النعم**) ش: أي من عظائمها م: (**وقد شرع الرجم بالزنا عند استجماعها**) ش: أي عند استجماع هذه الأشياء م: (**فيناط به**) ش: أي تعلق الرجم باستجماع هذه الأشياء ، فإذا وجد الزنا عند استجماعها يجب الرجم وإلا فلا .

م: (**بخلاف الشرف والعلم**) ش: جواب عما يقول لما كانت الأشياء المذكورة من جلائل النعم كانت شرائط الإحصان ، والشرف والعلم أيضًا من أجل النعم ، فينبغي أن يكونا من شرائط الإحصان ، فأجاب عليه بقوله بخلاف العلم والشرف .

م: (**لأن الشرع ما ورد باعتبارهما**) ش: ها هنا لأنهما لا يضبطان لأنه ليس لهما حد معلوم ، والشرف علو الحسب ، وحسب الرجل مآثر آبائه .

م: (**ونصب الشرع بالرأي متعذر**) ش: إذ لا دخل للرأي في نصب الشرع لأنه صفة وصفة الشارع .

م: (**ولأن الحرية**) ش: دليل على الاقتصار على تلك الشرائط فيتضمن بأنه لها حد خلا في الاستغناء عن الزنا ، دون غيرها من العلم والشرف ، يعني لأن الحرية م: (**ممكنة**) ش: من التمكين م: (**من النكاح الصحيح ، والنكاح الصحيح ممكن**) ش: من التمكين أيضًا م: (**من الوطء الحلال ، والإصابة**) ش: أي الدخول بالنكاح الحلال م: (**شبع بالحلال**) ش: أي شبع للزوج من الزنا، بكسر الشين ، وفتح الباء يعني يحصل بالنكاح الصحيح ، تمكنه في الوطء الحلال ، وبالدخول يحصل الشبع .

م: (**والإسلام يمكنه**) ش: من التمكين أيضًا م: (**من نكاح المسلمة**) ش: يعني الإسلام يحصل المكنة من نكاح المسلمة م: (**ويؤكد**) ش: أي الإسلام م: (**اعتقاد الحرمة**) ش: كل واحد منهما نعمة يشترط في إحصان الرجم ، ليكون وجوب الرجم المتناهي في العقوبة ، بعد كامل النعمة م: (**فيكون الكل مزجرة عن الزنا**) ش: قال الأترازي : أي سبب الزجر .

قلت : الأصح بمعنى الزجر .

م: (**والجناية بعد توافر الزواجر**) ش: عن أنها تكون الجناية م: (**أغلظ**) ش: يعني أشد وهو

والشافعي -رحمه الله- يخالفنا في اشتراط الإسلام ، وكذا أبو يوسف -رحمه الله- في رواية . لهما ما روي أن النبي عليه السلام رجم يهوديين قد زنيا . قلنا كان ذلك بحكم التوراة ثم نسخ ، يؤيده قوله عليه السلام ، من أشرك بالله فليس بمحصن

الرجم ، والزواجر جمع زاجرة ، وأراد بها قوله ، ولأن الحرية إلى هنا ، فافهم ، ولقائل أن يقول في العلم بأحوال الآخرة ، وما يترتب على الزنا من الفساد عاجلاً ، والعقوبة آجلاً من الزواجر لا محالة .

والجمال في المنكوحة مقنع يعني للزوج عن النظر إلى غيرها ، والشرف يردع عن طوف لحوق معرة الزنا ونمائه ، فكان الواجب أن يكون من شرائطه ، والجواب أن المسلم الناسي قلما يخلو عن العلم بما ذكرت ، والجمال والشرف ليس لهما حد معلوم يضبطان به ، فلا يكون معتبراً .

م: (**والشافعي - رحمه الله - يخالفنا في اشتراط الإسلام**) ش: حيث يقول الإسلام ليس بشرط في الإحصان ، وبه قال أحمد وأبو يوسف - رحمهما الله - في رواية ، ومذهب مالك - رحمه الله - لقولنا أنه شرط م: (**وكذا أبو يوسف - رحمه الله -**) ش: أي وكذا يخالف أبو يوسف - رحمه الله - أيضًا في اشتراط الإسلام م: (**في رواية**) ش: وهي غير ظاهر الرواية وثمرة الخلاف ، أن الذي في البيت الحر إذا زنا عندنا يجلد ولا يرجم .

وعند الشافعي - رحمه الله - ومن قال يقول يرجم ، م: (**لهما**) ش: أي للشافعي وأبي يوسف - رحمه الله - م: (**ما روي أن النبي ﷺ رجم يهوديين قد زنيا**) ش: هذا الحديث أخرجه الأئمة الستة عن ابن عمر - رضي الله عنهما- مختصراً ، ومطولاً ، وفيه قام بهما رسول الله ﷺ فرجما .

م: (**قلنا كان ذلك**) ش: أي يرجم النبي ﷺ يهوديين م: (**بحكم التوراة**) ش: يعني في ابتداء الإسلام ولهذا سألهم رسول الله ﷺ عن حد الزنا في التوراة ، لما تقرر الإسلام فنسخ ذلك م: (**ثم نسخ يؤيده**) ش: أي يؤيد النسخ م: (**قوله عليه الصلاة والسلام**) ش: أي قول النبي ﷺ م: (**من أشرك بالله فليس بمحصن**) ش: هذا الحديث رواه إسحاق بن راهويه : أخبرنا عبد العزيز بن محمد : حدثنا عبد الله : عن نافع : عن ابن عمر : عن النبي ﷺ قال « **من أشرك فليس بمحصن** »[1] وقال إسحاق : رفعه مرة فقال عن رسول الله ﷺ ووقفه مرة . ورواه الدارقطني من طريق إسحاق .

وقال الأترازي - رحمه الله - ولنا ما روي أصحابنا في كتبهم عن ابن عمر - رضي الله عنه - ثم ذكر الحديث ، وكأنه لم يطلع على شيء غير ذلك ، فلذلك قال : ولنا ما روى أصحابنا

(١) البيهقي في سننه [٨/ ٢١٦].

والمعتبر في الدخول الإيلاج في القبل على وجه يوجب الغسل ، وشرط صفة الإحصان فيهما عند الدخول . حتى لو دخل بالمنكوحة الكافرة أو المملوكة أو المجنونة أو الصبية لا يكون محصناً ، وكذا إذا كان الزوج موصوفاً بإحدى هذه الصفات ، وهي حرة مسلمة عاقلة بالغة ، لأن النعمة بذلك

ولم يذكر شيئًا غير ذلك .

م: (**والمعتبر في الدخول**) ش: يعني في قوله نكاحًا صحيحًا ودخل بها م: (**الإيلاج**) ش: أي الدخول وأصله الإولاج قلبت الواو ياء بسكونها ، وانكسار ما قبلها ، لأنه من ولج ولوجًا ، أي دخل وأولج إيلاجًا أي أدخل م: (**في القبل**) ش: أي الزوج م: (**على وجه يوجب الغسل**) ش: يعني بالتقاء الختانين .

قال : إلا كله فيه نظر ، لأنه ينافي ما تقدم من قوله ، الأصالة تنبع بالحلال ، فإن الشبع إنما يكون الإنزال ، دون الإيلاج ، وعرف ذلك من حديث رفاعة - رضي الله عنه - حيث قال عليه الصلاة والسلام : لا حتى تذوق عسيلته انتهى .

قلت : ولا وجه لنظره لأنه ذهل عما قال الأصحاب ، إن الشرط الدخول في التحليل ، والشرط الإيلاج ، دون الإنزال ، لأنه كمال ، والشرط أن يكون موجبًا للغسل وهو التقاء الختانين ، والعسيلة كانت عن لذة الجماع دون الإنزال ، وشذ الحسن البصري - رحمه الله - في قوله العسيلة الإنزال .

م: (**وشرط صفة الإحصان فيهما عند الدخول**) ش: أي في الزوج والزوجة يعني شرطت في قول القدوري ، ودخل بها وهما على صفة الإحصان ، وفائدته ما أشار إليه بقوله م: (**حتى لو دخل بالمنكوحة الكافرة أو المملوكة أو المجنونة أو الصبية لا يكون محصنًا**) .

وقال الحاكم الشهيد في «الكافي» : قال أبو يوسف - رحمه الله - يكون محصنًا بجماع الكافرة هذا سو ظاهر الرواية عن أبي يوسف - رحمه الله - وروى الطحاوي والكرخي في ظاهر الرواية عن أبي يوسف - رحمه الله - أن النصارى يحصن بعضهم بعضًا ، وأن المسلم يحصن النصرانية وهي لا تحصن المسلم .

م: (**وكذا إذا كان الزوج**) ش: هو أيضًا من فائدة شرط الإحصان فيهما ، عند الدخول ، أي وكذا لا يكون الزوج محصنًا إذا كان م: (**موصوفًا بإحدى هذه الصفات**) ش: وهي الكفر والصبية والمجنون والصبي .

م: (**وهي**) ش: أي والحال أن المرأة م: (**حرة مسلمة عاقلة بالغة لأن النعمة بذلك**) ش: أي بما ذكر من الحرية والعقل والبلوغ والإسلام م: (**لا تتكامل إذ الطبع ينفر من صحبة المجنونة وقلما**

لا تتكامل ، إذ الطبع ينفر من صحبة المجنونة ، وقلما يرغب في الصبية لقلة رغبتها وفي المنكوحة المملوكة حذراً عن رق الولد ولاائتلاف مع الاختلاف في الدين . وأبو يوسف يخالفنا في الكافرة والحجة عليه ما ذكرناه . وقوله عليه السلام : لا تحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحر الأمة ولا الحرة العبد . قال : ولا يجمع في المحصن بين الجلد والرجم ، لأنه عليه الصلاة والسلام

يرغب في الصبية لقلة رغبتها) ش: أي رغبة الزوجين فيه أي في الصبي .

م: (**وفي المنكوحة المملوكة حذراً عن رق الولد ، ولا ائتلاف مع الاختلاف في الدين**) ش: فلا تتكامل النعمة ما لم تنتف هذه العوارض .

فإن قلت : كيف يتصور أن يكون الزوج كافراً ، والمرأة مسلمة يتصور فيما إذا كانا كافرين فأسلمت المرأة ثم دخل بها الزوج ، فإنهما يعدا زوجان ما لم يفرق القاضي بالإباء عند عرض الإسلام .

م: (**وأبو يوسف - رحمه الله - يخالفنا في الكافرة**) ش: حيث يقول المرأة الكافرة لا تمنع إحصان الرجل ، وقد مر الكلام فيه آنفًا م: (**والحجة عليه**) ش: أي على أبي يوسف رحمه الله م: (**ما ذكرناه وهو قوله عليه الصلاة والسلام : لا تحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحر الأمة ولا الحرة العبد**) ش: وقال الأترازي : هذا الحديث مذكور مرسلاً هكذا في باب الإحصان من «مبسوط» شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - ولكن محمداً قال في الأصل : لا يحصن الرجل المسلم إلا المرأة المحصنة ، إذا دخل بها ثم قال : بلغنا ذلك عن عامر وإبراهيم النخعي ، وقال الأكمل : ذكر هذا شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - مرسلاً في « مبسوطه » .

قلت : هذا الحديث غريب ليس له أصل وروى ابن أبي شيبة في مصنفه ومن طريقة الطبراني في «معجمه» والدارقطني في «سننه» وابن عدي في «الكامل» من حديث أبي بكر بن أبي مريم عن علي بن أبي طلحة عن كعب بن مالك ، أنه أراد أن يتزوج يهودية فقال له النبي ﷺ : « **لا تتزوجها فإنها لا تحصنك** » [1] .

قال الدارقطني : وأبو بكر بن أبي مريم ضعيف وعلي بن أبي طلحة لم يدرك كعبًا ، وقال ابن عدي : أبو بكر بن أبي مريم الغساني ممن لا يحتج بحديثه ، ويكتب أحاديثه فإنها صالحة ، قال ابن القطان : هذا حديث ضعيف ومنقطع .

م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**ولا يجمع في المحصن بين الجلد و الرجم**) ش: هذا لفظ القدوري ، وقال المصنف م: (**لأنه عليه الصلاة والسلام**) ش: أي النبي ﷺ .

م: (**لم يجمع**) ش: أي بينهما ، لأن في حديث ماعز الرجم فقط ، وليس فيه الجلد ، حتى

---

(١) سنن الدارقطني [٣/ ١٢٨] .

أن الأصوليين استدلوا على تخصيص الكتاب بالسُّنة ، فإنه عليه الصلاة والسلام رجم ماعزًا ولم يجلده ، لأن آية الجلد شاملة للتحصين وغيره ، وهو قول مالك والشافعي والزهري والأوزاعي والنخعي والثوري وأبي ثور وأحمد - رحمه الله - في رواية .

وعن أحمد في رواية وداود ويجلد مائة ويرجم ، واختار ابن المنذر من أصحاب الشافعي ما روى مسلم عن عبادة بن الصامت - رضي الله عنه - قال : قال رسول الله ﷺ : « **خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلاً ، البكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة ، والثيب بالثيب جلد مائة والرجم** »[1] .

وروى أحمد ثم البيهقي من رواية الشعبي عن علي - رضي الله عنه - أنه جلد شراحة يوم الخميس ، ورجمها يوم الجمعة ، وقال : جلدتها بكتاب الله عز وجل ورجمتها بسنة رسول الله ﷺ .

أجيب عن حديث عبادة بأنه منسوخ ، لأن أول آية نزلت في هذا الباب قوله تعالى : ﴿**واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم**﴾ إلى قوله ﴿**أو يجعل الله لهن سبيلا**﴾ (النساء : الآية ١٥) ثم نسخ بقوله عليه الصلاة والسلام : خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلاً . . . الحديث ، ولم يكن بين الحديث وبين الآية ، حكم آخر .

ثم حديث ماعز - رضي الله عنه - يكون متأخرًا عن حديث عبادة لا محالة الحكم المتأخر ينسخ المتقدم ، لا محالة إذا كان بين الحكمين مخالفة .

فإن قلت : كيف يصح دعوى النسخ وحديث علي يرد هذا .

قلت : قد ثبت إجماع الصحابة قبل ذلك بخلافه في خلافة عمر - رضي الله عنه- ، فإجماعهم أولى من تفرده بحكم بعد الإجماع المصون ، وذلك عن عمر - رضي الله عنه - في خلافته رجم ولم يجلد بحضرة أصحاب رسول الله ﷺ ، ولم يخالفه أحد ، فحل محل الإجماع .

وجواب آخر يحتمل أن يكون علي - رضي الله عنه - جلدها ، لأنه لم يثبت عنده إحصانًا ثم لما ثبت إحصانها رجمها وقال : جلدتها بكتاب الله تعالى ، وهو قوله ﴿ **الزانية والزاني فاجلدوا** ....﴾ (النور : الآية ٢) ورجمتها بالسنة حتى ثبت الإحصان ، وقال الخارجي في « كتابه » : وروى حديث ماعز - رضي الله عنه - جماعة كسهل بن سعيد وابن عباس ، ويعرف آخر

---

(١) أورده الهيثمي في مجمع الزوائد ، وعزاه إلى الطبراني وقال : وفيه الفضل بن دلهم وهو ثقة ، وأنكر عليه هذا الحديث من هذه الطريق فقط ، وبقية رجاله ثقات .

ولأن الجلد يعرى عن المقصود مع الرجم لأن زجر غيره يحصل بالرجم ، إذ هو في العقوبة أقصاها وزجره لا يحصل بعد هلاكه . قال : ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي، والشافعي -رحمه الله- يجمع بينهما حداً لقوله عليه السلام البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ، ولأن فيه حسم باب الزنا ، لقلة المعارف

إسلامهم ، وحديث عبادة كان في أول الأمر ، وبين الزمانين مدة .

م: (**ولأن الجلد يعرى عن المقصود مع الرجم**) ش: يعني إذا حصل الرجم يحصل المقصود، وهو العقوبة المتناهية ، وهو الرجم ، فلا حاجة إلى ما دونه وهو الجلد م: (**لأن زجر غيره**) ش: أي غير الزاني م: (**يحصل بالرجم ، إذ هو**) ش: أي المرجوم م: (**في العقوبة أقصاها**) ش: لأنه لا عقوبة فوقها م: (**وزجره**) ش:أي وزجر الزاني م: (**لا يحصل بعد هلاكه**) ش: يعني إذا كان الزجر للزاني يزجره بعد هلاكه بالرجم لا يكون ولا يجمع بينهما .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - م: (**ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي**) ش: وقال المصنف م: (**والشافعي يجمع بينهما**) ش: أي بين الجلد والنفي م: (**حداً**) ش: أي من حيث الحد يشير به إلى أن النفي أبر به عندنا يجوز بطريق التعزير[. . .] م: (**لقوله عليه الصلاة السلام**) ش: أي لقول النبي ﷺ م: (**البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام**) ش: هو حديث رواه مسلم عن عبادة بن الصامت - رضي الله عنه - وقد ذكر عن قريب . وروى البخاري عن زيد بن خالد عن النبي ﷺ : أنه أمر فيمن زنى ولم يحصن بجلد مائة وتغريب عام .

والبكر بكسر الباء خلاف الثيب ، ويقعان على الرجل والمرأة ، ومعنى البكر بالبكر [. . .] أو زنى البكر بالبكر حده ، كذا يقول الشافعي .

قال أحمد : وهو قول الثوري والأوزاعي والحسن بن صالح وعبد الله بن المبارك وإسحاق- رحمهم الله - قالوا : يجلد وينفى سنة إن كان البكر حرًا ، وفي العبد ثلاثة أقوال عن الشافعي في قول : يغرب ستة أشهر ، وفي قول : سنة ، وفي قول : لا يغرب أصلاً بل يجلد خمسين .

وقال مالك : يجمع بينهما الرجل دون المرأة والعبد .

وعن الشافعي في قول تغريب المرأة محرم ، وأجرته عليها في قول وعلى بيت المال في قول [. . . . .]، قيل يجبره السلطان على الخروج معها ، وقيل لا .

وإذا كانت الطريق آمنة ففي تغريبها بغير محرم يحرم وجهان ، ولا ينتقض في مسافة الغربة عن رحلتين ، وله الخيار في جهة السفر ، فإن رجع الغريب إلى بلده لم يتغير عزله ، وإذا عاد الغريب يخرج ثانيًا ، ولا يجب المدة الماضية ، ومن نفي يجيء في الموضع الذي ينفى إليه .

م: (**ولأن فيه**) ش: أي في النفي م: (**حسم باب الزنا**) ش: أي قطعه م: (**لقلة المعارف**) ش:

ولنا قوله تعالى : ﴿فاجلدوا﴾ جعل الجلد كل الموجب رجوعاً إلى حرف الفاء أو إلى كونه كل المذكور . ولأن في التغريب فتح باب الزنا لانعدام الاستحياء من العشيرة ، ثم فيه قطع مواد البقاء فربما تتخذ زناها مكسبة وهو من أقبح وجوه الزنا ، وهذه الجهة مرجحة لقول علي -رضي الله عنه-

---

لأن الزنا إنما يكون بالمصاحبة والمحادثة مع الأحباب عند فراغ القلب ، والغربة تفوت هذه الأشياء وتمنع عنها .

م: (**ولنا قوله تعالى ﴿ فاجلدوا﴾ جعل الجلد كل الموجب رجوعًا إلى حرف الفاء**) ش: بيانه أن الله تعالى جعل جزاء كل واحدة من الزانية والزاني الجلد لا غير ، وهذا لأن الفاء للخبر ، والجزاء عبارة عن الكافي المنافي ، فينبغي وجوب غيره ، كما إذا قال لامرأته إن دخلت الدار فأنت طالق واحدة .

فإذا وجد الشرط يقع طلقة واحدة لا غير ، لأنها هي الجزاء ، فلا يجب النفي إذاً م: (**أو إلى كونه كل المذكور**) ش: أي أو رجوعًا إلى كونه الجلد كل المذكور في الآية ، لأن المذكور فيها هو الجلد لا غير ، فإذا كان كل المذكور يكون كل الواجب ، لأنه لو كان يجب شيء آخر لبينه ، لأن الموضع موضع يحتاج إليه في البيان ، وترك البيان في مثل هذا الموضع لا يجوز للزوم الإخلال .

م: (**ولأن في التغريب فتح باب الزنا لانعدام الاستحياء من العشيرة**) ش: هذا جواب عن قول الخصم ، ولأن فيه باب الزنا ، إلى آخره بيانه أن الإنسان يمنع من الزنا في بلدته استحياء من أقاربه وعشائره بها وبعض معارفه ، ففي القربة يرتفع الحياء ، فيقع في الفاحشة ويفتح له باب الزنا لعدم من يستحي منه ، وإن كان النفي إلى المرأة يحتاج إلى النفقة لا محالة ، وهي عاجزة عن الكسب فتتخذ الزنا مكسبًا ، فتقعد فخير قبحة ، وذلك من أقبح وجوه الزنا وأفحشها . وأشار إلى قولنا وإن كان النفي للمرأة . . . إلى آخره بقوله م: (**ثم فيه**) ش: أي في النفي م: (**قطع مواد البقاء**) ش: وهو الكسب لما يحتاج إليه من المأكول والمشروب .

م: (**فربما تتخذ**) ش: أي المرأة تتخذ م: (**زناها مكسبة**) ش: لأنها لما تباعدت عن الأقارب والأوطان ونزلت في الرباط أو الجنان أخرجها انقطاع مواد المعاش على اتخاذ الزنا مكسبة لانقطاع [. . .] والمواقع من المعاش م: (**وهو من أقبح وجوه الزنا**) ش: يعني هذا أقوى مما قاله الخصم . م: (**وهذه الجهة مرجحة لقول علي - رضي الله عنه -**) يجوز بكسر الجيم وفتحها ، قال الكاكي : معنى رجحها قوله عليه الصلاة والسلام للتعليل .

وقال الأكمل : مرجحة نقل بفتح الجيم وضمها ، فوجد الفتح أن هذه الجملة من العلة أقوى من علة الخصم بشهادة قول علي - رضي الله عنه - ، واللام للتعليل . وقال الأكمل : مرجحة نقل بفتح الجيم وكسرها ، فوجه الفتح أن هذه الجملة من العلة أقوى من علة الخصم لشهادة قول

كفى بالنفي فتنة ، والحديث منسوخ كشطره وهو قوله عليه السلام : الثيب بالثيب جلد مائة والرجم بالحجارة ، وقد عرف طريقه في موضعه .

علي - رضي الله عنه - بصحة ما قلنا ووجه الكسر أن الخصم ينكر صحة نقل قول علي - رضي الله عنه - .

وقال المصنف : هذه الجملة من جهات العلل ، يريد صحة قول علي ، فكانت اللام للصلة داخلة على المفعول ، كما في قوله تعالى : ﴿ **والذين هم للزكاة فاعلون** ﴾ (المؤمنون : الآية ٤) وفي الوجه الأول كانت للتعليل .

ثم قال ملخصًا من كلام السفناقي كان قال في الأصل : أن ما يصلح مرجحًا ، وهذه الجهة علة ، فكيف صحت علة .

أجيب : بأن هذه الجهة ليست مباينة للحد ، بل هي باقية ، مع أن النفي ليس بحكم ، وأجيب : في الحد فيصلح للتزويج ، ففي مثل هذا الموضع يذكر التعليل موضحًا بعضها بعضًا ، وما أرى إخبار المصنف - رحمه الله - لفظ الجهة على لفظ العلة لهذا .

م: (**وكفى بالنفي فتنة**) ش: هذا رواه عبد الرزاق ومحمد بن الحسن - رحمه الله - في كتابه «الآثار» قال أخبرنا أبو حنيفة - رحمه الله - عن حماد بن أبي سليمان عن إبراهيم النخعي قال : قال عبد الله بن مسعود : في البكر يزني بالبكر ، قال : يجلدان مائة وينفيان سنة . قال : وقال علي - رضي الله عنه - حبسهما من فعل الفتنة أن ينفيان ، وروى محمد بن الحسن الشيباني أخبرنا أبو حنيفة - رحمه الله - عن حماد بن أبي سليمان عن إبراهيم النخعي قال : كفى بالنفي فتنة .

م: (**والحديث منسوخ كشطره**) ش: أراد بالحديث قوله : البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام وهو منسوخ بشطره ، أي شطر الحديث م: (**وهو قوله عليه السلام الثيب بالثيب جلد مائة والرجم بالحجارة**) ش: والعجب من الخصم أنه يحكم في الحديث الواحد بأن نصفه منسوخ ونصفه محكم م: (**وقد عرف طريقه**) ش: أي طريق نسخ قوله عليه الصلاة والسلام : « **البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام** » م: (**في موضعه**) ش: **يعني في طريق الخلاف** ، قاله الأترازي . وقال الكاكي -رحمه الله - : في موضعه من التفاسير وكتاب« الناسخ والمنسوخ» فإن قيل ، هذا إثبات النسخ بالقياس .

أجيب : بأنه بيان لكون الحديث منسوخًا بناسخ ، ولم يبين أن الناسخ ما هو ، والناسخ حديث ماعز ، أو قوله تعالى ﴿ **الزانية والزاني فاجلدوا** ﴾ (النور : الآية ٤) ، لا قوله عليه الصلاة والسلام : خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلاً ، [. . .] ولو كانت هذه الآية نزلت من قبل استثناء من قوله ولا يجمع في البكر بين اثنين ، والجلد يعني إذا رأى الإمام مصلحة يقال خذوا

إلا أن يرى الإمام في ذلك مصلحة ، فيغربه على قدر ما يرى ، وذلك تعزير وسياسة ، لأنه قد يفيد في بعض الأحوال ، فيكون الرأي فيه إلى الإمام ، وعليه يحمل النفي المروي عن بعض الصحابة -رضي الله عنهم-

---

عني القرآن ، فدل على أن الآية متأخرة ناسخة لحديث التغريب .

م: (**إلا أن يرى الإمام في ذلك مصلحة**) ش: استثناء من قوله ولا يجمع في البكر بين اثنين والجلد، يعني إذا رأى الإمام مصلحة للنفي م: (**فيغربه على قدر ما يرى ، وذلك تعزير وسياسة**) ش: لا على أنه حد م: (**لأنه قد يفيد في بعض الأحوال ، فيكون الرأي فيه للإمام**) ش: وهذا لا يختص بالزنا ، بل يجوز بذلك في كل جناية ، ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام نفى «هبة» المخنث من المدينة ، ونفى عمر - رضي الله عنه - « نضر بن الحجاج» من المدينة حين سمع قائلة تقول :

هل من سبيل إلى خمر فأشربها ... أم من سبيل إلى نضر بن حجاج

إلى فتى ماجد الأعراق تقبيل ... تضيء صورته في الحالك الداج

وذلك لا يوجب النفي ، ولكن فعل ذلك لمصلحة ، فقال : ما ذنبي يا أمير المؤمنين، فقال : لا ذنب لك ، وإنما الذنب حيث لا أظهر دار الهجرة عنك .

قلت : قائلة هذا الشعر هي الفريعة بنت همام أم الحجاج بن يوسف ، كانت تحت المغيرة ، ونضر بن الحجاج كان من بني سليم ، وكان جميلاً راعيًا ، ولما سمع عمر ذلك سير نضر إلى البصرة ، وكان عمر - رضي الله عنه - سمع قائلاً أيضًا بالمدينة يقول :

أعوذ برب الناس من شر معقل ... إذا معقل راح البقيع مرجلاً

يعني معقل بن سنان الأشجعي ، وكان جميلاً ، قدم المدينة فقال عمر -رضي الله عنه- الحق بباديتك ، فقال رجل شعره . جعدة بالجيم إذا رجله بالجيم إذا جعلا .

م: (**وعليه**) ش: أي على ما ذكر من التعزير والسياسة م: (**يحمل النفي المروي عن بعض الصحابة**) ش: -رضي الله عنهم.

وروى الترمذي حدثنا أبو كريب ويحيى بن أكثم قالا أنبأنا . وروى القدروي حديث أبي كريب ويحيى بن أكثم قال : حدثنا عبد الله بن إدريس عن عبد الله عن نافع عن ابن عمر -رضي الله عنهما : أن النبي ﷺ ضرب وغرب[1] ، دار أبي بكر -رضي الله عنه- ضرب وغرب ، دار عمر -رضي الله عنه- ضرب وغرب ، وقال : حديث غريب .

---

(١) الترمذي [١٤٧٧] .

وإذا زنى المريض وحده الرجم رجم ، لأن الإتلاف مستحق ، فلا يمتنع بسبب المرض ، وإن كان حده الجلد لم يجلد حتى يبرأ ، كيلا يفضي إلى الهلاك ، ولهذا لا يقام القطع عند شدة الحر والبرد وإذا زنت الحامل لم تحد حتى تضع حملها ، كيلا يؤدي إلى هلاك الولد وهو نفس محترمة ، وإن كان حدها الجلد لم تجلد حتى تتعالى من نفاسها - أي يرتفع - يريد به الخروج منه . لأن النفاس نوع مرض . فيؤخر إلى زمان البرء . بخلاف الرجم . لأن التأخير لأجل الولد وقد انفصل ،

وروى ابن أبي شيبة في « مصنفه » حدثنا جرير عن مغيرة عن ابن يسار مولى لعثمان ، قال : جلد عثمان امرأة في زنا ، ثم أرسل بها مولى له ، يقال له المهدي ، إلى خيبر نفاها إليها .

م: (**وإذا زنى المريض وحده الرجم رجم**) ش: ، أي والحال أن حده الذي استحق بالرجم في الحال م: (**لأن الإتلاف مستحق ، فلا يمتنع بسبب المرض**) ش: وهذا اتفاق الأئمة الأربعة . وعند بعض أصحابنا الشافعي - رحمه الله - في وجه إن ثبت زناه بالإقرار يؤخر إلى أن يبرأ ، لأنه يسأل الرجوع ، وربما رجع ، ولكن المشهور عنهم أن الرجم لا يؤخر .

م: (**وإن كان حده الجلد لم يجلد حتى يبرأ ، كيلا يفضي إلى الهلاك**) ش: وهذا في مرض يرجى زواله . وعن ابن القطان من أصحاب الشافعي - رحمه الله - أنه لا يؤخر ، ويضرب في المرض بحيث ما يحتمله ، وبه قال أحمد .

وعن أحمد - رحمه الله - أنه يؤخر كقول العامة ، وإن كان مرض لا يرجى زواله كالسل ومخدوج الخلقة ، أي ضعيف الخلقة لا يحتمل السياط ، فعندنا والشافعي وأحمد يضرب بعشكال فيه مائة شمراخ ، فيضرب دفعة واحدة أو يضرب مائة سوط مجتمعة ضربة واحدة ، وذكره في «المحيط» ، وفيه م: (**ولهذا لا يقام القطع عند شدة الحر الشديد والبرد**) ش: وبه قال الشافعي رحمه الله ، بل يؤخر إلى زمان اعتدال الهواء .

وقال مالك : يضرب المريض مائة سوط متفرقًا ، بحيث ما يحتمله وإن لم يكن أخر ، (ولهذا) أي ولأجل الإفضاء إلى الهلاك لا يقطع أي يد السارق عند شدة الحر والبرد ، لخوف التلف .

م: (**وإذا زنت الحامل لم تحد حتى تضع حملها**) ش: وإن كان حدها جلدًا أو رجمًا م: (**كيلا يؤدي إلى هلاك الولد ، وهو نفس محترمة**) ش: والحد شرع زاجرًا لا متلفًا م: (**وإن كان حدها الجلد لم تجلد حتى تتعالى من نفاسها**) ش: أي فلا تحد حتى تخرج من نفاسها .

وقوله م : (تتعالى) ش : لفظ القدوري - رحمه الله - ، فكذلك فسره بقوله م :(أي يرتفع . يريد به الخروج منه) ش : أي يريد العذر ، أى بقوله الخروج به ، أي من النفاس ، م : (**لأن النفاس نوع مرض ، فيؤخر إلى زمان البرء ، بخلاف الرجم ، لأن التأخير لأجل الولد وقد انفصل**) ش : وهذا

وعن أبي حنيفة -رحمه الله- أنه يؤخر إلى أن يستغني ولدها عنها، إذا لم يكن أحد يقوم بتربيته؛ لأن في التأخير صيانة الولد عن الضياع . وقد روي أنه عليه السلام قال للغامدية بعدما وضعت : ارجعي حتى يستغني ولدك . ثم الحبلى تحبس إلى أن تلد إن كان الحد ثابتاً بالبينة كيلا تهرب . بخلاف الإقرار . لأن الرجوع عنه عامد . فلا يفيد الحبس ، والله أعلم .

ظاهر الرواية .

م : (**وعن أبي حنيفة أنه يؤخر**)ش : أي الرجم : (**إلى أن يستغني ولدها عنها إذا لم يكن أحد يقوم بتربيته**) ش : أي بتربية الولد ، وبه قال الثلاثة ، ولو ادعت أنها حبلى لا يقبل قولها ، لكن القاضي يريها النساء ، فإن قلن : حبلى خلا حبسها إلى حولين .

فإن لم تلد رجمها للتيقن يلزمهن ، ولو وجدت امرأة لا زوج لها حبلى ، فلا يجب عليها الحد م : (**لأن في التأخير**) ش : أي في تأخير الرجم م: (**صيانة الولد عن الضياع ، وقد روي أنه عليه الصلاة والسلام**)ش : أي أن النبي ﷺ م : (**قال للغامدية بعد ما وضعت : ارجعي حتى يستغني ولدك**) ش : وكذلك أورد بهذا اللفظ الغريب ، في مسلم عن بشير بن المهاجر عن عبد الله بن بريدة عن أبيه بريدة ، قال : « **جاءت الغامدية فقالت : يا رسول الله إني زنيت فطهرني وأنه ردها ، فلما كان الغد قالت : يا رسول الله لعلك تريد أن تردني كما رددت ماعزاً ، فوالله إني لحبلى ، فقال لها : فاذهبي حتى تلدي ، فلما ولدت أتته بالصبي في يده كسرة خبز ، فقالت : هذا يا رسول الله قد فطمته وقد أكل الطعام فدفع الصبي إلى رجل من المسلمين ثم أمر بها فحفر لها إلى صدرها ، وأمر الناس فرجموها** » .

م : (**ثم الحبلى تحبس إلى أن تلد إن كان الحد ثابتًا بالبينة كيلا تهرب ، بخلاف الإقرار ، لأن الرجوع عنه عامل . فلا يفيد الحبس والله أعلم**) ش : وقال الحاكم الشهيد في « الكافي» : فإن ادعت أنها حبلى أداها القاضي النساء ، فإن قلن هي حبلى حبسها إلى سنتين ثم يرجمها ، وإذا شهدوا عليها بالزنا فادعت أنها عذراء أو رتقاء فنظر إليها النساء قلن هي كذلك درئ عنها الحد ، ولا حد على مشهود أيضًا ، وكذلك المجنون ، ولا حد على قاذفه ويقبل في الرتقاء والعذراء والأشياء التي يعمل فيها بقول النساء قول امرأة واحدة ، وفي «فتاوى الولوالجي» : والمعنى أحوط .

* * *

باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه

قال : الوطء الموجب للحد هو الزنا ، وإنه في عرف الشرع واللسان : وطء الرجل المرأة في القبل في غير الملك ، وشبهة الملك

م: (**باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه**)

ش: أي هذا باب في بيان حكم الوطء الذي يوجب الحد ، وبيان حكم الوطء الذي لا يوجب الحد .

م: (قال) ش: أي المصنف قال الأترازي - رحمه الله - : اعلم أولاً أن وضع كتاب «الهداية» على بيان مسائل «الجامع الصغير» والقدوري ، ففي كل موضع يذكر لفظ ، **قال** : يريد به محمد أو القدوري ، وهنا ذكر لفظ قال ولم يرد به أحداً منهما ، فكان على وضعه ، وكان ينبغي أن يقول : قال العبد الضعيف بإسناد الفعل إلى نفسه ، أو يقول اعلم أن م: (**الوطء الموجب للحد هو الزنا**) ش: حتى يرتفع الالتباس ، انتهى .

قلت : هذا كلام عجيب منه صادر من غير تأمل ، لأن المصنف لم يذكر لفظ قال قط بقول محمد ، وقال القدوري : بل يقول : قال [. . .] لأنه يعلم فاعل . قال محمد : أو القدوري : من المسألة المتوجة به بأن كانت المسألة من مسائل القدوري يعلم أن فاعل م: (قال) ش: هو القدوري فإن كانت من مسائل « الجامع الصغير » يعلم أن فاعله هو محمد - رحمه الله - ، وإن لم يكن منها يعلم أن فاعله هو المصنف ، فلا يحصل له الالتباس ، لأن التمييز يحصل في مسائل ، والذي ليس له أهلية في ذلك لا يعرف السهو من [الصوب]، ولا ينبغي له أن يتعلق بالهداية ، لأنه لا يهتدي بالهداية .

(الوطء الموجب للحد هو الزنا) لقوله تعالى : ﴿ **الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة** ﴾ (النور : الآية ٤) .

م: (**وإنه**) ش: أي وإن الزنا م: (**في عرف الشرع**) ش: **أي في اصطلاح الشرع** م: (**واللسان**) ش: أي وفي عرف اللسان وهو اللغة م: (**وطء الرجل المرأة في القبل**) ش: قيد بهذا ، لأن العرب لا يسمون ما يجري بين الذكرين من الوطء وطئًا بل يسمونه لواطًا ، لأن كل فعل له اسم خاص ، فمن أتى بالقبل يقال : إنه زنى ومن أتى بالدبر قيل أنه لاط م: (**في غير الملك وشبهة الملك**) ش: حتى يكون حرامًا على الإطلاق ، وينبغي أن يكون كل واحد منهما مشتهي ، لأن وطء الميتة والبهيمة لا يسمى زنا لعدم كونها مشتهاة .

وكذلك وطء الصبي والمجنون ، وينبغي أن يكون عازباً عن الحل ، لأن وطء الأمة المشتركة وإن كان حرامًا لوقوع التصرف في ملك الغير ، بدون الإذن ، ولكن لا يكون زنا ، لأنه يعري عن

لأنه فعل محظور ، والحرمة على الإطلاق عند التعري عن الملك ، وشبهته ، يؤيد ذلك قوله عليه السلام : ادرءوا الحدود بالشبهات . ثم الشبهة نوعان : شبهة في الفعل ، وتسمى شبهة اشتباه ، وشبهة في المحل ، وتسمى شبهة حكمية

شبهة الحل لكون بعض التصرف في ملك الواطئ .

فإن قلت : شأن الحد أن ينظر وينعكس ، وهذا غير منعكس ، لأن الزنا يصدق في فعل المرأة هذا الفعل والتعريف ليس بصادق عليه .

قلت : هذا التعريف إنما هو بالنسبة إلى الأصل ، والمرأة تدخل فيه بتغاير التمكين طوعًا .

م: (**لأنه فعل محظور**) ش: أي لأن الزنا فعل حرام .

فإن قلت : هذا تعليل واقع في غير محله ، لأنه في التصورات .

قلت : التعليل لا لإثبات التعريف ، وإنما هو لبيان اعتبارهم انتفاء لشبهة الشهوة في تحقق الزنا . وتقرير كلام المصنف إنما اعتبروا أن يكون في غير شبهة الملك ، لأنه فعل محظور موجب الحد ، ويعتبر فيه الكمال ، لأن الناقص ثابت من وجه دون وجه ، فلا يوجب عقوبة .

م: (**والحرمة على الإطلاق عند التعري عن الملك وشبهته ، يؤيد ذلك قوله عليه الصلاة والسلام**) ش: أي قول النبي ﷺ م: (**ادرءوا الحدود بالشبهات**[1]) ش: ، هذا الحديث بهذا اللفظ غريب ، وذكر أنه في «الخلافيات» للبيهقي عن علي -رضي الله عنه- . وفي «مسند أبي حنيفة» عن ابن عباس -رضي الله عنه- . وأخرج ابن أبي شيبة في «مصنفه» حدثنا هشيم عن منصور عن الحارث عن إبراهيم قال : قال عمر -رضي الله عنه- : لأن أعطل الحدود بالشبهات أحب إلي من أن أقيمها بالشبهات .

حدثنا عبد السلام عن إسحاق بن أبي فروة عن عمرو بن شعيب عن أبيه أن معاذًا وعبد الله ابن مسعود وعقبة بن عامر ، قالوا : إذا اشتبه عليك الحد ، فادرأه . وأخرج عن الزهري قال : ادفعوا الحدود بكل شبهة ، والعجب من الكاكي حيث قال : هذا الحديث - يعني الذي ذكره المصنف متفق عليه تلقته الأمة بالقبول .

م: (**ثم الشبهة نوعان : شبهة في الفعل ، وتسمى شبهة اشتباه**) ش: وهي أن يشتبه عليه الحال بأن يظن أنها تحل له م: (**وشبهة في المحل**) ش: وهي أن تكون الشبهة التي في المحل شبهة ملك الرقبة أو ملك البضع م: (**وتسمى**) ش: أي هذه الشبهة م: (**شبهة حكمية**) ش: باعتبار أن المحل أعطى له حكم الملك في إسقاط الحد ، وإن لم يكن الملك ثابتًا حقيقة وذكر التمرتاشي والمرغيناني والشبهة

---

(١) أخرجه الدارقطني عن مختار التمار عن أبي مطر ، عن علي وقال : مختار التمار ضعيف . راجع ترجمته في ضعفاء ابن الجوزي [٣٢٦٣] .

فالأولى : تتحقق في حق من اشتبه عليه ، لأن معناه أن يظن غير الدليل دليلاً ، ولا بد من الظن ليتحقق الاشتباه ، والثانية : تتحقق بقيام الدليل النافي للحرمة في ذاته ، ولا تتوقف على ظن الجاني واعتقاده ، والحد يسقط بالنوعين لإطلاق الحديث ، والنسب يثبت في الثانية إذا ادعى الولد ولا يثبت في الأولى وإن ادعاه ، لأن الفعل تمحض زناً في الأولى ، وإنما يسقط الحد لأمر راجع إليه ، وهو اشتباه الأمر عليه ، ولم يتمحض في الثانية

الحكمية تسمى أيضًا شبهة الملك .

وهي عبارة عن قيام العلة بلا عمل لمانع اتصل بها ، وهي مانعة الحد على التقادير كلها .

وفي «المحيط» : الشبهة ثلاثة ، شبهة في الفعل ، وشبهة في المحل ، وشبهة في العقد.

م: (**فالأولى**) ش: أي الشبهة الأولى م: (**تتحقق في حق من اشتبه عليه ، لأن معناه أن يظن به غير الدليل دليلاً**) ش: كما يظن أن جارية امرأته تحل له ، بناء على أن الوطء نوع استخدام ، والاستخدام محل ، فكذا الوطء م: (**ولا بد من الظن لتحقق الاشتباه**) ش: فيكون تحققًا بالنسبة إلى الظان .

م: (**الثانية**) ش: أي الشبهة الثانية م: (**تتحقق بقيام الدليل النافي للحرمة في ذاته**) ش: مثل قوله ﷺ: أنت ومالك لأبيك م: (**ولا تتوقف على ظن الجاني واعتقاده ، والحد يسقط بالنوعين لإطلاق الحديث**) ش: وهو قوله ﷺ : ادرءوا الحدود بالشبهات م: (**والنسب يثبت في الثاني**) ش: أي في المذكور الثاني ، وهو شبهة المحل م: (**إذا ادعى الولد**) ش: لأن الفعل لما لم يكن زنًا بشبهة في المحل ثبت نسب الولد بالمدعوة ، لأن النسب مما يحتاط في إثباته .

م: (**ولا يثبت في الأولى وإن ادعاه**) ش: أي لا يثبت النسب في شبهة الفعل وإن ادعى الولد ، لأنه لاحق له في المحل ، فوقع الفعل زنًا ، إلا أنه سقط الحد بدعوى الاشتباه، وإن لم يدع الظن وجب الحد .

وفي «فتاوى الولوالجي» : ولو ادعى أحدهما الظن ولم يدع الآخر فلا حد عليهما ، لأن الشبهة في أحد الجانبين يتعدى إلى الآخر ، وقال الكاكي : قيل هذا ليس يحوى على العموم ، قال : في المطلقة الثلاث يثبت النسب لأن هذا الوطء في شبهة العقد ، فيكفي ذلك لإثبات النسب ، ذكره التمرتاشي . وفي «المعراج» : المطلقة بعوض والمختلعة ينبغي أن يكون كالمطلقة ثلاثًا .

م: (**لأن الفعل تمحض**) ش: أي خلص ، من المحض ، وهو اللبن الخالص الذي لا يخالطه شيء م: (**زنا في الأولى ، وإن سقط الحد لأمر راجع إليه**) ش: أي إلى الواطئ م: (**وهو اشتباه الأمر عليه ، ولم يتمحض في الثانية**) ش: وهي الشبهة في المحل لوجود الدليل الشرعي على حل الوطء

فشبهة الفعل في ثمانية مواضع ، جارية أبيه وأمه وزوجته ، والمطلقة ثلاثاً وهي في العدة ، وبائناً بالطلاق على مال وهي في العدة ، وأم الولد أعتقها مولاها ، وهي في العدة وجارية المولى في حق العبد ، والجارية المرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الحدود

وإن لم يثبت الحل فكذلك حكمه في الظن وعدمه في سقوط الحد ، لما أن الملك إذا يثبت بوجه لم يبق معه اسم الزنا من كل وجه .

وما قيل في «المحيط» وفي «الكافي» وشبهة في الفعل راجع إلى شبهة الدليل ، وهي شبهة في المحل ، ولهذا قيل سمي شبهة الملك .

م: (**فشبهة الفعل في ثمانية مواضع ، جارية أبيه**) ش: أي وكذا جارية جدته ، وإن علا م: (**وأمه**) ش: أي وجارية أمه ، وكذا جارية جدته [. . . .] م: (**وزوجته والمطلقة ثلاثًا**) ش: أي وجارية مطلقة ثلاثًا م: (**وهي في العدة**) ش: أي والحال أنها في العدة .

فإن قيل : ما وجه الاشتباه في المطلقة ثلاثًا ، حتى لا يحد إذا قال ظننت أنها تحل لي .

أجيب : بأن وجهه بقاء بعض الأحكام بعض المطلقات الثلاث من النفقة والسكنى وحرمة نكاح الأخت وثبوت النسب ، حتى لو جاءت بالولد يثبت النسب إلى سنتين .

فإن قيل : بين الناس اختلاف فيمن طلق امرأته ثلاثًا ، هل يقع أو لا ؟ فينبغي أن يصير ذلك شبهة في إسقاط الحد .

أجيب : أنه خلاف غير معتد ، حتى لو قضى به القاضي لم ينفذ قضاؤه .

قلت : من مذهب الزيدية من الروافض أن إرسال الثلاث جملة لا يوجب الحرمة الغليظة ، والفرق بين الخلاف والاختلاف ، أن الاختلاف مستعمل في قول بني على دليل ، والخلاف فيما لا دليل عليه .

م: (**وبائنًا**) ش: أي والمطلقة طلاقًا بائنًا م: (**بالطلاق على مال ، وهي في العدة**) ش: أي والحال أنها في العدة وإنما قيل بالطلاق البائن بالمال لأنه إذا لم يكن على مال فوطئها في العدة فلا حد عليه . وإن قال : علمت أنها علي حرام على ما يجيء م: (**وأم الولد أعتقها مولاها وهي في العدة**) ش: لأن أثر الفراش ، وهي العدة باق لمولاها ، فكان الوطء في موضع الاشتباه ، كما في المطلقة ثلاثًا .

م: (**وجارية المولى في حق العبد**) ش: وشبهة العبد في جارية مولاه انبساط العبد في مال مولاه م: (**والجارية المرهونة**) ش: فجاز أن يظن حل الانبساط فيها بالوطء ، والجارية الموطوءة م: (**في حق المرتهن في رواية كتاب الحدود**) ش: والبيوع ، يعني إذا قال المرتهن ظننت أنها تحل لي لا يحد ، وهو الأصح ، لأن عقد الرهن يثبت ملك اليد حقًا للمرتهن ، وبه يثبت شبهة الاشتباه كما

ففي هذه المواضع لا حد إذا قال ظننت أنها تحل لي ، ولو قال : علمت أنها علي حرام وجب الحد والشبهة في المحل في ستة مواضع ، جارية ابنه ، والمطلقة طلاقاً بائناً بالكنايات ، والجارية المبيعة في حق البائع قبل التسليم ، والممهورة في حق الزوج قبل القبض ، والمشتركة بينه وبين غيره، والمرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الرهن ، ففي هذه المواضع لا يجب الحد . وإن قال : علمت أنها علي حرام . ثم الشبهة عند أبي حنيفة -رحمه الله- تثبت بالعقد . وإن كان متفقاً على تحريمه وهو عالم به ، وعند الباقين

في العدة في خلع ، وبه قال الشافعي في قول ، وفي قول لا يسقط الحد ، وبه قال أحمد -رضي الله عنه ، والعبرة للرهن في هذا بمنزلة المرتهن م: (**ففي هذه المواضع**) ش: وهي ثمانية مواضع المذكورة م: (**لا حد إذا قال : ظننت أنها تحل لي**) ش: لوجود الشبهة في الفعل .

م: (**ولو قال: علمت أنها علي حرام يجب أن يحد**) ش: لانتفاء الشبهة م: (**والشبهة في المحل في ستة مواضع ، جارية ابنه**) ش: لقيام مقتضى الملك ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام : «أنت ومالك لأبيك » ، وفي «فتاوى الولوالجي » : وكذا لو وطئها الجد وإن علا من قبل الأب ، لأن اسم الأب يطلق عليه م: (**والمطلقة طلاقًا بائنًا بالكنايات**) ش: لاختلاف الصحابة -رضي الله عنهم- في كونها رجعية أو بائنة م: (**والجارية المبيعة في حق البائع قبل التسليم**) ش: لأن التي كان بها متسلطًا على الوطء باقية بعد، فصارت شبهة في المحل.

م: (**والممهورة في حق الزوج قبل القبض**) ش: لقيام تلك اليد م: (**والمشتركة**) ش: أي الجارية المشتركة م: (**بينه وبين غيره**) ش: لقيام الملك في النصف م: (**والمرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الرهن**) ش: يعني إذا قال المرتهن ظننت أنها تحل لي ، لا يحد في رواية كتاب الرهن ، سواء ادعى ظن المحل أو لا ، كما في الجارية المشتركة .

وهكذا ذكر أيضًا في «شرح الجامع» و«الذخيرة» ، وذكر في «الإيضاح» : في المرهونة إذا قال ظننت أنها تحل لي فقد ذكر في كتاب الرهن لا يحد . وذكر في الحدود أنه يحد ولا يعتبر ظنه م: (**ففي هذه المواضع**) ش: وهي ستة مواضع م: (**لا يجب الحد**) .

م: (**وإن قال علمت أنها علي حرام**) ش: كلمة إن واصلة بما قبله ، والحاصل أن شبهة المحل هو أن يكون الحل قائمًا في الحقيقة ، إلا أن الحل يحلف عنه ، وشبهة الفعل هي أن لا يكون دليل الحل قائمًا ، ولكنه يظنه [. . .] الحلال في شيء لا دلالة على الحل .

م: (**ثم الشبهة عند أبي حنيفة تثبت بالعقد**) ش: هذه شبهة أخرى غير الشبهتين المذكورتين وهي شبهة العقد ، فإنها تثبت بالعقد مطلقًا ، وهي معنى قوله م: (**وإن كان متفقًا على تحريمه**) ش: يعني سواء كان العقد حلالاً أو حرامًا متفقًا عليه أو مختلفًا فيه ، سواء كان الواطئ عالمًا بالحرمة أو جاهلاً بها ، وهو معنى قوله م: (**وهو عالم به**) ش: أي والحال أنه عالم بالتحريم م: (**وعند الباقين**)

لا تثبت إذا علم بتحريمه ، ويظهر ذلك في نكاح المحارم على ما يأتيك إن شاء الله تعالى . إذا عرفنا هذا ، ومن طلق امرأته ثلاثاً ثم وطئها في العدة وقال : علمت أنها علي حرام حد لزوال الملك المحلل من كل وجه ، فتكون الشبهة معه منتفية وقد نطق الكتاب بانتفاء الحل ، وعلى ذلك الإجماع ، ولا يعتبر قول المخالف فيه ، لأنه خلاف لا اختلاف .

ش: أي وعند العلماء الباقين م: (**لا تثبت**) ش: أي لا تثبت الشبهة بالعقد م: (**إذا علم بتحريمه**) ش: أي بتحريم العقد م: (**ويظهر ذلك في نكاح المحارم على ما يأتيك إن شاء الله تعالى**) ش: وذلك عند قوله : ومن تزوج امرأة لا تحل له ، نكاحها فوطئها لا يحد عند أبي حنيفة -رضي الله عنه- .

م: (**إذا عرفنا هذا**) ش: أي هذا الذي ذكرناه من بيان نوعي الشبهة نذكر ما يتعلق بهما من المسائل ، فنقول : م: (**ومن طلق امرأته ثلاثًا ثم وطئها في العدة ، وقال : علمت أنها علي حرام حد لزوال الملك المحلل من كل وجه ، فتكون الشبهة معه منتفية**) ش: لأن الملك أصلاً وشبهة الانتفاء أيضًا منتفية ، لأن الواطئ يقول علمت بأنها علي حرام .

وأما إذا قال : ظننت أنها تحل لي لا حد عليه ، ولا على قاذفه نص عليه الحاكم في «الكافي» . وإنما قال : لزوال الحل من كل وجه يدل عليه القرآن ، وهو معنى قوله : م: (**وقد نطق الكتاب بانتفاء المحل**) ش: وهو قوله : ﴿ **فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجًا غيره** ﴾ (البقرة : الآية ٢٣٠) ، م: (**وعلى ذلك الإجماع**) ش: أي وعلى انتفاء الحل انعقد الإجماع ، فلا يعتبر قول المخالف فيه ، هذا جواب سؤال ، وهو أن يقال اختلف الناس في وقوع الثلاث جملة ، فعند الزيدية من الروافض يقع واحدة ، وعند الإمامية منهم لا يقع شيء ، ويدعون أنه قول علي- رضي الله عنه- ، فينبغي أن يصير ذلك شبهة في المحل ، فقال في جوابه .

م: (**ولا يعتبر قول المخالف فيه ، لأنه غير معتبر ، لأنه خلاف لا الاختلاف**) ش: وقد ذكرنا الكلام فيه عن قريب . وقال الإمام حميد الدين الضرير - رحمه الله - في شرح الفرق بين الخلاف والاختلاف ، أن الاختلاف أن يكون الطريق مختلفًا ، والمقصود واحد . والخلاف أن يكون كلامهما مختلفًا .

وقال فخر الإسلام البزدوي في شرح «الجامع الصغير» : لا اختلاف من آثار الرحمة . والاختلاف من آثار البدعة ، وأراد به الفرق المذكور . قال الأترازي : وكذا إرادة صاحب «الهداية» ولي فيه نظر ، لأنه لم يثبت في قوانين اللغة ما قالوا .

ويقال اختلف القوم اختلافًا وخالفوا بخلافه وخلافًا إذا لم يوافق بعضهم بعضًا ، انتهى .

قلت : فيه نظر من جهة عدم دلالة اللغة عليها على ما قالوا ، ولكنه لم يوصف الكلام حقه . فأقول : الخلاف من باب المفاعلة وأصله للمشاركة بين آيتين أو أكثر ، والاختلاف من باب الافتعال ، وأصله للاتحاد ، والكسر يجيء بمعنى التفاعل نحو اختصموا .

ولو قال : ظننت أنها تحل لي لا يحد ، لأن الظن في موضعه ، لأن أثر الملك قائم في حق النسب والحبس والنفقة ، فاعتبر ظنه في إسقاط الحد ، وأم الولد إذا أعتقها مولاها ، والمختلعة والمطلقة على مال بمنزلة المطلقة الثلاث ، لثبوت الحرمة بالإجماع ، وقيام بعض الآثار في العدة . ولو قال لها : أنت خلية أو برية ، أو أمرك بيدك فاختارت نفسها ثم وطئها في العدة ، وقال : علمت أنها علي حرام لم يحد ؛ لاختلاف الصحابة -رضي الله عنهم- فيه ، فمن مذهب عمر -رضي الله عنه- أنها تطليقة رجعية .

م: (**ولو قال : ظننت أنها تحل لي ، لا يحد ، لأن الظن في موضعه لأن أثر الملك قائم في حق النسب**) ش: أي ثابت في حق ثبوت [. . . .] النسب ولدت باعتبار العلوق السابق على الطلاق لا النسب في هذا الوطء ، فإنه لا يثبت م: (**والحبس**) ش: أي المنع من الخروج م: (**والنفقة**) ش: أي وجوب النفقة . وهذا كله دليل لكون الظن في موضعه م: (**واعتبر ظنه في إسقاط الحد وأم الولد**) ش: بالرفع على الابتداء م: (**إذا أعتقها مولاها**) ش: يعني يجزئ عتقها م: (**والمختلعة**) ش: بالرفع أيضًا عطف على أم الولد .

م: (**والمطلقة على مال**) ش: عطف أيضًا على ما قبله ، وقوله : م: (**بمنزلة المطلقة الثلاث**) ش: خبر المبتدأ ، وما عطف عليه توضيح معناه أنه إذا وطئ كل واحدة منهن في العدة ، وقال علمت أنها علي حرام حد م: (**لثبوت الحرمة بالإجماع**) ش: لزوال الحل من كل وجه م: (**وقيام بعض الآثار في العدة**) ش: أي بعض آثار الملك مثل وجوب النفقة ومنعها من الخروج ، وإن قال ظننت أنها تحل لي في هذه الصورة لا يحد للشبهة ، لأن قيام أثر الملك من العدة ونحوها أورث شبهة .

م: (**ولو قال : لها أنت خلية أو برية أو أمرك بيدك ، فاختارت نفسها ثم وطئها في العدة وقال : علمت أنها علي حرام لم يحد لاختلاف الصحابة فيه**) ش: أي في حكم هذا الفصل ، والصحابة الذين روي عنهم في هذا الباب على الاختلاف : عمر بن الخطاب وعبد الله بن مسعود وزيد بن ثابت وجابر بن عبد الله وعبد الله بن عمر ، وعلي بن أبي طالب وعبد الله بن عباس ، وعثمان -رضي الله عنهم- .

أما المروي عن عمر -رضي الله عنه- فأشار إليه بقوله : م: (**فمن مذهب عمر أنها مطلقة رجعية**) ش: وأخرجه عبد الرزاق في «مصنفه» الثوري عن حماد بن إبراهيم قال : قال عمر بن الخطاب ، وابن مسعود : إن اختار نفسها فهي واحد ، إن اختارت زوجها فلا شيء ورواه أيضًا عن الشعبي قال : قال عمر ، وابن مسعود : إن اختارت زوجها فلا بأس ، وإن اختارت نفسها فهي واحدة ، وله عليها الرجعة .

وأما المروي عن زيد بن ثابت فأخرجه عبد الرزاق أيضًا أخبرنا سفيان بن عيينة عن أبي الزناد عن القاسم بن محمد عن زيد بن ثابت أنه قال في رجل جعل[أمر] امرأته بيدها فطلقت نفسها

ثلاثًا ، قال: هي واحدة .

وأما المروي عن جابر -رضي الله عنه- فرواه عبد الرزاق أيضًا ، أخبرنا ابن جريج أخبرني أبو الزبير أنه سمع جابر بن عبد الله -رضي الله عنه- يقول في الرجل يخير امرأته ، فاختارت نفسها ، قال : هي واحدة . وروى فرواه الشافعي في «مسنده » أخبرنا مالك عن نافع عن ابن عمر أنه قال في الخلية والبرية : إن كل واحد منهما ثلاث تطليقات ، ورواه مالك في «الموطأ».

وأما المروي عن علي بن أبي طالب -رضي الله عنه- فرواه الدارقطني في« سننه» عن عطاء ابن السائب عن الحسن عن علي قال في الخلية والبرية وألبتة والبائن والحرام : ثلاث ، لا تحل له حتى تنكح زوجًا غيره .

وأما المروي عن ابن عباس فرواه عبد الرزاق أخبرنا ابن التيمي عن أبيه عن الحسن بن مسلم ، عمن سمع ابن عباس -رضي الله عنهما- يقول في الرجل يقول لامرأته : أنت برية : إنها واحدة .

وأما المروي عن عثمان بن عفان -رضي الله عنه- فرواه ابن أبي شيبة عنه وعن ابن عباس وابن عمر إذا ملك الرجل امرأته أمرها بيدها فالقضاء ما قضت ، إلا أن ينكر الرجل ، فيقول لم أرد إلا واحدة ، ويحلف على ذلك فيكون أملك بها ما كانت في عدتها ، وأخرجه عبد الرزاق أيضًا نحوه .

م: (وكذا الجواب في سائر الكنايات) ش: قال الحاكم الشهيد وفي «الكافي» : إن أبانها بشيء من الكنايات ثم جامعها وهو يقول علمت أنها علي حرام فلا حد عليه .

وقال الفقيه أبو الليث في «شرح الجامع الصغير» : فإن طلقها طلقة بائنة ثم وطئها في العدة لا حد عليه ، سواء ادعى الشبهة أو لم يدع فيها الشبهة شبهتان ، شبهة حكم ، وشبهة اشتباه ، فها هنا شبهة حكم ، لأن الصحابة اختلفوا فيه ، قال بعضهم : الكنايات كلها بوائن .

وقال بعضهم : رجعية وجعلها بعضهم ثلاثًا ، فأورث اختلاف الصحابة شبهة في المحل ، لأن في الواحدة للرجعية يبقى الحل ، فينبغي على هذا أن يثبت النسب بالدعوى على ما أشار إليه الصدر الشهيد بقوله : ولا يثبت إذا لم يدع ، وذلك لأن الفعل لم يقع وفاء لبقاء الحل باعتبار الشبهة في المحل .

ولكن قال فخر الإسلام البزدوي في «شرحه للجامع الصغير» : ولا يثبت نسب الولد في ذلك كله ، لأنه زنا ، وإنما يسقط الحد بالشبهة لأنه عقوبة ، ولا يثبت النسب بالزنا بحال .

وقال الأترازي : كأنه جعل هذه الشبهة شبهة الاشتباه وليس ذلك بصحيح عندي ، لأن الرواية منصوصة في «الجامع الصغير» . وفي «الكافي» للحاكم : أنه لا يجب عليه الحد . وإن

وكذا إذا نوى ثلاثاً لقيام الاختلاف مع ذلك . ولا حد على من وطىء جارية ولده وولد ولده . وإن قال علمت أنها علي حرام ، لأن الشبهة حكمية لأنها نشأت عن دليل وهو قوله عليه السلام : «أنت ومالك لأبيك »

قال : علمت أنها علي حرام .

فلوكان الأمر كما قال فخر الإسلام - رحمه الله - لوجب الحد ، لزوال الاشتباه بقوله علمت أنها علي حرام ، فلما لم يجب علم أنه من قبيل شبهة المحل . وفي شبهة المحل لا يقع الفعل زنا ، فيثبت بالدعوة .

م: (**وكذا إذا نوى ثلاثًا**) ش: أي وكذا الحكم إذا نوى ثلاثًا من ألفاظ الكنايات ثم وطئها في العدة ، يعني لا يحد ، وإن قال علمت أنها علي حرام م: (**لقيام الاختلاف**) ش: أي اختلاف الصحابة م: (**مع ذلك**) ش: أي مع نية الثلاث ، لأن اختلاف الثلاثة لا يرتفع بنية الثلاث ، فكانت الشبهة قائمة ، فلا يجب الحد .

م: (**ولا حد على من وطئ جارية ولده وولد ولده وإن قال علمت أنها علي حرام ، لأن الشبهة حكمية ، لأنها نشأت عن دليل**) ش: وسواء ادعى الأب الشبهة أو لم يدع . وأما الجد إذا وطئ جارية ولد ولده لا يجب الحد ، ولا يثبت النسب أيضًا إذا كان الأب حيًا ، لأنه محجوب بالأب وسقوط الحد لغوا منه الولادة ، وذكر البزدوي إذا وطئ جارية حافدة والأب في الحياة لا يجب الحد .

م: (**وهو قوله عليه الصلاة والسلام**) ش: أي الدليل هو قول النبي ﷺ : م: (**أنت ومالك لأبيك**) ش: هذا الحديث روي عن جماعة : من الصحابة : فعن عمر بن الخطاب أخرج حديثه البزار في« مسنده » عن سعيد بن المسيب عنه . وعن جابر أخرج حديثه الطبراني في «الصغير» والبيهقي في « دلائل النبوة »مطولاً عن محمد بن المنكدر عن أبيه عنه ، وفيه « **أنت ومالك لأبيك**»[1] .

وعن سِمرة بن جندب أخرج حديثه البزار في« مسنده » والطبراني في« معجمه» عن الحسن عنه نحوه[2] . وعن ابن مسعود - رضي الله عنه - أخرج حديثه الطبراني في «معجمه» عن علقمة بن قيس عنه نحوه .

وعن ابن عمر -رضي الله عنه- أخرج حديثه أبو يعلى في «مسنده »عن أبي إسحاق عنه

---

(١) قال الهيثمي : رواه ابن ماجة باختصار ، ورواه الطبراني في «الأوسط »ورجاله رجال الصحيح خلا شيخ الطبراني حبوش بن رزق الله . ولم يضعفه أحد . مجمع الزوائد [٤/ ١٥٥] .

(٢) قال الهيثمي : رواه الطبراني في الثلاثة ، وفيه : إبراهيم بن عبد الحميد بن ذي حماد ولم أجد له ترجمة ، وبقية رجاله ثقات . مجمع الزوائد [٤/ ١٥٤] .

والأبوة قائمة في حق الجد ، قال : ويثبت النسب منه وعليه قيمة الجارية ، وقد ذكرناه. وإذا وطيء جارية أبيه أو أمه أو زوجته ، وقال : ظننت أنها تحل لي فلا حد عليه ، ولا على قاذفه ، وإن قال : علمت أنها علي حرام حد ، وكذا العبد إذا وطيء جارية مولاه، لأن بين هؤلاء انبساطاً في الانتفاع ، فظنه في الاستمتاع محتمل ، فكان شبهة اشتباه ، إلا أنه زنا حقيقة ، فلا يحد قاذفه ، وكذا إذا قالت الجارية ظننت أنه يحل لي ، والفحل لم يدع في الظاهر

نحوه[1] ، وعن عائشة -رضي الله عنها- أخرج حديثها ابن حبان في «صحيحه» عن عطاء عنها نحوه .

م: (**والأبوة قائمة في حق الجد**) ش: يشير بذلك إلى أن حكم الجد مثل حكم الأب في عدم وجوب الحد ، وإن كان الأب حيًا ، ولكن لا يثبت النسب وقد ذكرناه الآن م: (**ويثبت النسب منه**) ش: أي من الأب م: (**وعليه قيمة الجارية**) ش: لأنه يملكها عند ثبوت النسب ، ولا عقد عليه ، لأنه لما ملكها يجمع سقط العقد ، لأنه ضمان الجزاء م: (**وقد ذكرناه**) ش: أي في باب نكاح الرقيق .

م: (**وإذا وطئ جارية أبيه أو أمه أو زوجته وقال : ظننت أنها تحل لي فلا حد عليه ، ولا على قاذفه . وإن قال علمت أنها علي حرام حد ، وكذا العبد إذا وطئ جارية مولاه**) ش: أي وكذا حكم العبد بالتفصيل المذكور م: (**لأن بين هؤلاء انبساطًا في الانتفاع**) ش: لأن الابن يتناول مال أبويه وينتفع به للأكل والصرف ، وكذا الزوج في مال الزوجة .

وكذا العبد في مال مولاه ، فلما جرى الانبساط بينهم اشتبهه الوطء ، فإذا ادعى الاشتباه سقط الحد للشبهة ، لكن لا يثبت النسب، لأن الفعل زنا في الواقع، وإذا قال : علمت أنها علي حرام حد لزوال الاشتباه ، ولا يحد قاذف الابن والزوج والعبد بعد الحرية . لأن الفعل وقع زنا إلا أن الحد سقط الشبهة . وقاذف الزاني لا يحد . وقال في «الأجناس» قال في أمالي الحسن قال أبو حنيفة - رحمه الله - : إذا زنى بجارية امرأته وقال : ظننت أنها لي حلال عليه العقوبة ولا حد عليه . ولا يثبت نسب الولد إن جاءت به صدقته المرأة أو لم تصدقه . ولو قال علمت أنها علي حرام لا عقر عليه ، وعليه الحد ، ولا يثبت النسب .

م: (**وظنه في الاستمتاع محتمل**) ش: أي وظن الواطئ الانبساط في الانتفاع أكلاً واستعمالاً في حل الاستمتاع بالجارية فيه م: (**فكان**) ش: أي ظنه هذا م: (**شبهة اشتباه ، إلا أنه زنا حقيقة ، ولا يحد قاذفه، وكذا إذا قالت الجارية ظننت أنه يحل لي**) ش: معطوف على قوله وقال ظننت أنها تحل لي فلا حد عليه أي والحال م: (**والفحل لم يدع في الظاهر**) ش: متصل بقوله، وكذا ، أي لا حد على

---

(١) قال الهيثمي : رواه أبو يعلى وفيه : أبو حريز وثقه أبو زرعة وأبو حاتم وابن حبان ، وضعفه أحمد وغيره ، وبقية رجاله ثقات . مجمع الزوائد [٤/ ١٥٤] .

لأن الفعل واحد ، وإن وطئ جارية أخيه أو عمه وقال : ظننت أنها تحل لي حد ، لأنه لا انبساط في المال فيما بينهما ، وكذا سائر المحارم سوى الولاد لما بينا . ومن زفت إليه غير امرأته وقالت النساء : أنها زوجتك فوطئها لا حد عليه ، وعليه المهر، قضى بذلك علي -رضي الله عنه- وبالعدة

العبد في ظاهر الرواية م: (**لأن الفعل واحد**) ش: أي لأن فعلهما واحد ، فإذا سقط عنهما سقط عنه الحد .

وروي عن أبي حنيفة - رحمه الله - أن الجارية إن ادعت الحل ولم يدع الفحل حد ، لأن المرأة تابعة في فعل الزنا ، فالشبهة المتمكنة في جانب البائع لا تعتبر في جانب الأصل ، بخلاف ما إذا ادعى الرجل الظن ، لأنه أصل في الفعل ، فيتورث شبهة في التابع . وقلنا : لما كان الفعل واحدًا ووردت الشبهة في أحد الجانبين يكتفي لإسقاط الحد على الآخر .

فإن قيل : يشكل بما إذا زنى البالغ بصبية ، حيث يجب الحد على البالغ دون الصبية ، مع أن الفعل واحد .

قلنا : سقوط الحد عن الصبية باعتبار عدم الأهلية لعقوبته ، لا باعتبار الشبهة في الفعل ، وفيما نحن فيه باعتبار الفعل ، فيؤثر في الجانب الآخر لا محالة .

م: (**وإن وطئ جارية أخيه أو عمه وقال ظننت أنها تحل لي حد ، لأنه لا انبساط في المال فيما بينهما**) ش: فلا يعتبر دعوى الظن .

م: (**وكذا سائر المحارم**) ش: أي وكذا الحكم ، وهو وجوب الحدم: (**سوى الولاد**) ش: أي سوى قرابة فيما به الولاد ، كالخال ، والخالة وغيرها هذا المعنى م: (**لما بينا**) ش: أي قوله لأنه لا انبساط في المال فيما بينهما ، بخلاف ما لو سرق من بيت هؤلاء حيث لا يقطع ، لأن الحرز لم يتحقق في حق لدخوله في بيت هؤلاء فلا استئذان ، وحيث هو القطع دائر مع هتك الحرز .

م: (**ومن زفت إليه غير امرأته ، وقال النساء إنها زوجتك فوطئها لا حد عليه ، وعليه المهر قضى بذلك علي -رضي الله عنه-**) ش: هذا غريب جداً . قوله «زفت» على صيغة من المجهول أي بعث من باب نصر ينصر .

قوله م: (**وقال : النساء**) ش: بتذكير الفعل ، لأن تأنيث الجمع ليس بحقيقي ، قال الله تعالى: ﴿ **إذا جاءك المؤمنات** ﴾ (الممتحنة : الآية ١٢)، ، وفي بعض النسخ م: (**وقلن النساء**) ش: . قال الأترازي : لا يجوز إلا على ضعيف .

قلت : حكى سيبويه - رحمه الله - ذلك فمن غير قيد نصف ، كقولهم أكلوني البراغيث م: (**وبالعدة**) ش: أي وقضى وجوب العدة .

ولأنه اعتمد دليلاً وهو الإخبار في موضع الاشتباه إذ الإنسان لا يميز بين امرأته وبين غيرها في أول الوهلة ، فصار كالمغرور ، ولا يحد قاذفه إلا في رواية عن أبي يوسف -رحمه الله- لأن الملك منعدم حقيقة . ومن وجد امرأة على فراشه فوطئها فعليه الحد ، لأنه لا اشتباه بعد طول الصحبة ، فلم يكن الظن مستنداً إلى دليل . وهذا لأنه قد ينام على فراشها غيرها من المحارم التي في بيتها ، وكذا إذا كان أعمى

م: (**ولأنه**) ش: أي ولأن المزفوف م: (**اعتمد دليلاً وهو الإخبار في موضع الاشتباه ، إذ الإنسان لا يميز بين امرأته وبين غيرها في أول الوهلة**) ش: بفتح الواو وسكون الهاء يقال لقيته أول وهلة ، أي أول كل شيء يعني لا يميز في أول الوهلة إلا بالإخبار ، وخبر الواحد مقبول في أمور الدين والمعاملات ، ولهذا إذا جاءت الجارية وقالت : بعثني إليك مولاي هدية يحل وطئها اعتماداً عليها ، ذكره الأترازي - رحمه الله .

وأما وجوب المهر فلأن البضع لا يخلو عليها من أحد الوجهين إبانة لخطر المحل .

أما الحد وأما المهر فلم يجب الحد للشبهة فيجب المهر . وقال الأترازي : وهو مؤيد بقضاء علي -رضي الله عنه .

روى أصحابنا في كتبهم أنه قضى كذلك ، ويثبت نسب الولد إن جاءت به وليست كالتي فجر محرمها ، وقال حسبتها امرأتي حيث لا يثبت نسب ولدها ويجب عليه الحد ، وبه صرح الحاكم في «الكافي» : م: (**فصار كالمغرور**) ش: أي صار الذي زفت إليه غير امرأته فوطئها كالمغرور ، وهو الذي زف إلى امرأة معتمداً على ملك يمين أو نكاح ثم استحقت [. . .] فلا يجب عليه الحد للاشتباه ، فكذا الذي زفت إليه غير امرأته لهذا المعنى .

م: (**ولا يحد قاذفه**) ش: أي لا يحد قاذف الذي زفت إليه غير امرأته فوطئها في ظاهر الرواية م: (**إلا في رواية عن أبي يوسف**) ش: حيث قال إنه يحد م: (**لأن الملك منعدم حقيقة**) ش: هذا دليل ظاهر الرواية ، أراد به أن لا ملك له فيه ، إلا في الأخسية يسقط إحسانه لوقوع الفعل زنا فلا يحد قاذفه .

م: (**ومن وجد امرأة على فراشه فوطئها فعليه الحد ؛ لأنه لا اشتباه بعد طول الصحبة فلم يكن الظن مستنداً إلى دليل**) ش: وقال زفر والشافعي ومالك وأحمد - رحمهم الله - : لا حد عليه ، أي ظن أنها امرأته قياساً على ليلة الزفاف وعلى من شرب شراباً على ظن أنه ليس بخمر فإنه لا يحد م: (**وهذا**) ش: إشارة إلى قوله : لأنه اشتباه م: (**لأنه قد ينام على فراشها غيرها من المحارم التي في بيتها**) ش: فلا يكون مجرد النوم دليل على أن النائمة هي زوجته .

م: (**وكذا إذا كان أعمى**) ش: أي إذا وجد الأعمى في بيته أو فراش زوجته امرأة فوطئها على

لأنه يمكنه التمييز بالسؤال وغيره ، إلا إن كان دعاها فأجابته أجنبية ، وقالت : أنا زوجتك فواقعها لأن الإخبار دليل . ومن تزوج امرأة لا يحل له نكاحها فوطئها لا يجب عليه الحد عند أبي حنيفة رحمه الله- لكنه يوجع عقوبة إذا كان علم بذلك ، وقال أبو يوسف -رحمه الله- ومحمد - رحمه الله- والشافعي -رحمه الله- عليه الحد إذا كان عالماً بذلك ، لأنه عقد لم يصادف محله ، فيلغو كما إذا أضيف إلى الذكور ، وهذا لأن محل التصرف ما يكون محلا لحكمه ، وحكمه الحل وهي من المحرمات

ظن أنها امرأته يجب عليه الحد م: (**لأنه يمكنه التمييز بالسؤال**) ش: أي يمكنه تمييز امرأته بالسؤال عنها م: (**وغيره**) ش: أي وغير السؤال من العلامات م: (**إلا إذا دعا فأجابته أجنبية وقالت أنا زوجتك فواقعها**) ش: أي فجامعها لا يجب الحد م: (**لأن الإخبار دليل**) ش: فاستند إليه .

م: (**ومن تزوج امرأة لا يحل له نكاحها**) ش: مثل نكاح المحارم ، والمطلقة الثلاث ، ومنكوحة الغير ، ومعتدة الغير ، ونكاح الحاملة ، وأخت المرأة في عدتها ، والمجوسية، والأمة على الحرة ونكاح العبد والأمة بلا إذن المولى ، والنكاح بغير شهود م: (**فوطئها لم يجب عليه الحد عند أبي حنيفة -رحمه الله-**) ش: في جميع ذلك .

وإن قال علمت أنها علي حرام م: (**ولكنه يوجع عقوبة إذا كان علم بذلك**) ش: يعني يضرب طريق التقرير ضربًا مؤلمًا عقوبة عليه لا بطريق الحد .

م: (**وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي -رحمهم الله- : عليه الحد إذا كان عالمًا بذلك**) ش: وإلا فلا ، ولكن أبا يوسف ومحمد - رحمهما الله - قال : فيما ليس بحرام على التأبيد لا يجب الحد بالنكاح بغير شهود م: (**لأنه عقد لم يصادف محله فيلغو ، كما إذا أضيف إلى الذكور ، وهذا لأن محل التصرف ما يكون محلاً لحكمه**) ش:

وهذا المحل ليس محلاً لحكمه م: (**وحكمه الحل ، وهي من المحرمات**) ش: على التأبيد ، فلا يكون محلاً للحل ، فلا ينعقد أصلاً كالبيع الوارد على الميتة والدم ، وفي «المغني» لابن قدامة الحنبلي : فأما الأنكحة المجمع على ما يطلق بها النكاح الخامسة والعقدة والزوجة للغير ، ومطلقة ثلاثًا وذوات محارم من نسب أو رضاع لا يمنع وجوب الحد ، كما روي عن عمر أنه قال : حين رفع إليه امرأة تزوجت في عدة قضاء له بغيره علمتما فقالا : لا ، فقال عمر -رضي الله عنه- لو علمت لرجمتكما .

وفي وطء محارمه بالعقد وبغيره روايتان ، في رواية يجب الحد لعموم الآية . والثانية يقبل بكل حال لما روي عن البراء قال : « **لقيت عمي وفي يده الراية، فقلت إلى أين تريد ، قال : بعثني رسول الله ﷺ إلى رجل نكح امرأة أبيه من بعده أن أضرب عنقه وآخذ ماله**»[1] . قال الترمذي : هذا

---

(١) سنن الترمذي [١٣٨٦] ، وابن ماجة [٢٦٠٧].

ولأبي حنيفة -رحمه الله- أن العقد صادف محله ، لأن محل التصرف ما يقبل مقصوده. والأنثى من بنات بني آدم قابلة للتوالد وهو المقصود ، فكان ينبغي أن ينعقد في حق جميع الأحكام ، إلا أنه تقاعد عن إفادة حقيقة الحل ، فيورث الشبهة ، لأن الشبهة ما يشبه الثابت لا نفس الثابت ، إلا أنه ارتكب جريمة

حديث حسن .

وروى ابن ماجه بإسناده أنه ﷺ قال : ومن وقع على ذات محرم فاقتلوه [1] ، انتهى كلامه قال العلاّمة: هذا حديث شاذ مخالف لظاهر الكتاب والأحاديث المشهورة ، فيؤول ذلك في حق من يستحله أو أمر بذلك بسياسة وتعزير الحد .

م: (**ولأبي حنيفة أن العقد صادف محله**) ش: لأن الوطء حصل عقيب النكاح المصادف إلى محل قابل لمقاصد النكاح ، والنكاح بصيغة زوجت وتزوجت وما يجري ذلك المجرى من الألفاظ فصادف محله م: (**لأن محل التصرف ما يقبل مقصوده**) ش: أي مقصود المتصرف ، وهو المطلوب من النكاح ، وهو قضاء الشهوة والولد والسكنى م: (**والأنثى من بني آدم قابلة للتوالد ، وهو المقصود**) ش: ولا شك أن المحل بهذه الصفة م: (**فكان ينبغي أن ينعقد في حق جميع الأحكام**) ش: وأن يثبت العقد حقيقة الحل ، لكن لم يثبتها إلا قضاء المنصوص ، بخلاف ذلك ، وهو معنى قوله .

م: (**إلا أنه**) ش: أي إلا أن هذا العقد م: (**تقاعد عن إفادة حقيقة الحل ، فيورث الشبهة**) ش: أي شبهة الحل م: (**لأن الشبهة ما يشبه الثابت لا نفس الثابت**) ش:

فإن قلنا : من أين يرث شبهة المحل ، وقد ثبت الحرية بالنص من كل وجه ، فانتفى الحل من كل وجه .

قلت : سلمنا أن الحل ينتفي من كل وجه ، فنحن لا ندعي المحل من وجه حتى يرد السؤال ، بل ندعي شبهة الحل لصورة العقد ، وهي حاصلة . وقد علل المصنف ذلك بقوله لأن الشبهة إلى آخره .

فإن قلت : لو كانت الشبهة ثابتة لوجبت العدة ، وثبت النسب .

قلت : منع بعض أصحابنا عدم وجوب العدة وعدم ثبوت النسب . وعلى تقدير التسليم نقول مبنى وجوب العدة وثبوت النسب على وجود الحل من وجه أو من كل وجه ، وهنا لم يوجد الحل أصلاً ، ويعني بالحل أن يكون الفاعل على حالة الإيلام عليها . وها هنا إيلام الواطئ ويعذر عقوبة عليه .

م: (**إلا أنه ارتكب جريمة**) ش: استثناء من قوله فيورث الشبهة أي يورث العقد الشبهة ، فلا

---

(١) سنن الترمذي [١٣٨٦] ، وابن ماجة [٢٦٠٧].

وليس فيها حد مقدر فيعزر . ومن وطىء أجنبية فيما دون الفرج يعزر ، لأنه منكر ليس فيه شيء مقدر ، ومن أتى امرأة في الموضع المكروه أو عمل عمل قوم لوط فلا حد عليه عند أبي حنيفة - رحمه الله- ويعزر . وزاد في «الجامع الصغير» : ويودع في السجن .

يجب الحد إلا إن ارتكب جريمة ، أي ذنبًا م: **(وليس فيها)** ش: أي في هذه الجريمة م: **(حد مقدر)** ش: فإذا لم يكن حد مقدر م: **(فيعزر)** ش: عقوبة عليه .

م: **(ومن وطئ أجنبية)** ش: أي امرأة أجنبية م: **(فيما دون الفرج)** ش: كالتبطين والتفخيذ ونحوهما ، وليس المراد منه الإتيان في الدبر ، لأن بيانه يجيء عقيب هذا م: **(يعزر)** ش: قالوا أشد التعزير م: **(لأنه)** ش: أي لأن الوطء فيما دون الفرج م: **(منكر)** ش: لأنه شيء قبيح م: **(ليس فيه شيء مقدر)** ش: في الشرع وبه قال الشافعي ومالك وأحمد في رواية ، وفي رواية : يقتل .

م: **(ومن أتى امرأة في الموضع المكروه)** ش: أي في الدبر م: **(أو عمل عمل قوم لوط)** ش: أي أو أتي في دبر الذكر م: **(فلا حد عليه عند أبي حنيفة -رحمه الله- ويعزر)** ش: هذا لفظ القدوري م: **(وقال)** ش: أي محمد -رضي الله عنه- م: **(في «الجامع الصغير»: ويودع في السجن)** ش: وصورته في «الجامع الصغير» : محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة : في الدبر يعمل عمل قوم لوط قال لا يبلغ حد الزنا ، لكنه يحبس ويعزر ، وذكر علاء الدين في طريقة الخلاف يعزر ويحبس إلى أن يتوب أو يموت . وفي «روضة السندوسي» : الخلاف في الغلام ، أما لو أتى امرأة في الموضع المكروه يحد بلا خلاف . ولو فعل هذا بعبده أو أمته أو منكوحته لا يحد بلا خلاف ، وكذا في «الفتاوى الظهيرية» .

وفي «الكافي» : في الأصح أن العبد يحد ، وفي الأمة والمنكوحة عدم الحد الكل على الخلاف ، نص عليه في الزيادات . وقد انعقد الإجماع على تحريم إتيان المرأة في الدبر ، وإن كان فيه خلاف قديم فقد انقطع . وكل من روي عنه إباحته فقد روي عنه إنكاره . فأما القائلون بتحريمه من الصحابة -رضي الله عنهم- فعلي بن أبي طالب وابن عباس وأبو هريرة وأبو الدرداء وابن مسعود .

ولم يختلف عليه أحد من الصحابة إلا ابن عمر ، ومن التابعين إلا نافع . فأما ابن عمر - رضي الله عنهما- فروى النسائي في سننه والطبري من طريق مالك قال : أشهد على ربيعة يحدثني عن سعيد بن يسار أنه سأل ابن عمر عن ذلك فقال : لا بأس به ، وقد صح عنه أنه أنكر ذلك فيما روى النسائي من رواية الحارث بن يعقوب عن سعيد بن يسار قال : قلت لابن عمر : إنا نشتري الجواري فيمحض لهن ، قال : وما التمحيض ؟ قال إتيانهن في أدبارهن ، فقال ابن عمر : أو يفعل هذا مسلم ؟ .

وروى النسائي أيضًا من رواية كعب بن علقمة عن ابن [. . . .] أخبره أنه قال لنا في مولى

وقالا: هو كالزنا فيحد، وهو أحد قولي الشافعي -رحمه الله- . وقال في قول : يقتلان بكل حال ؛ لقوله عليه السلام : « اقتلوا الفاعل والمفعول »

ابن عمر قد أكثروا عليك القول، إنك تقول عن ابن عمر أنه أفتى عمن يأتي النساء في أدبارهن، فقال نافع : لقد كذبوا علي .

وقال ابن حزم في «المحلى» : وما روينا إباحة ذلك عن أحد إلا عن ابن عمر -رضى الله عنه- باختلاف عنه . وعن نافع باختلاف عنه، وعن مالك باختلاف عنه، وروى الثعلبي في تفسيره عن رواية عطاف بن موسى -رحمه الله- عن عبد الله بن الحسن عن أبيه أنه حكى عن مالك إباحة ذلك، وأنكره أصحابه .

م: (**وقالا**) ش: أي قال أبو يوسف ومحمد -رضي الله عنه- م: (**هو**) ش: أي اللواطة م: (**كالزنا فيحد**) ش: فإن كان محصنًا يرجم، وإلا فيجلد م: (**وهو أحد قولي الشافعي -رحمه الله- وقال في قول : يقتلان بكل حال**) ش: يعني سواء كان محصنًا أو غير محصن، وله فيه وجوه، يقتلان بالسيف وفي وجه يرجمان بكرًا كان أو ثيبًا، وبه قال مالك وأحمد -رحمهما الله- تغليظًا . وفي وجه يهدم عليه جدار . وفي وجه يرمى من شاهق حتى يموت .

وفي «شرح الوجيز» : وأصح القولين يجلد إن كان من بكر ويعزر، وإن كان محصنًا يرجم م: (**لقوله عليه الصلاة والسلام**) ش: أي لقول النبي ﷺ م: (**اقتلوا الفاعل والمفعول**[1]) ش: ، هذا رواه أبو داود والترمذي وابن ماجة من حديث عكرمة عن ابن عباس -رضي الله عنهما- قال : قال رسول الله ﷺ : [من] وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل، والمفعول م: (**ويروى فارجموا الأعلى والأسفل**) ش: روى هذا ابن ماجة من حديث أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « **الذي يعمل عمل قوم لوط فارجموا الأعلى والأسفل**»[2] .

م: (**ولهما**) ش: أي ولأبي يوسف ومحمد م: (**أنه**) ش: إن فعل اللواطة، وفي بعض النسخ ولهما أنهما أي الإتيان في الموضع المكروه من المرأة وعمل قوم لوط م: (**في معنى الزنا، لأنه قضاء الشهوة في محل مشتهى على سبيل الكمال**) ش: وقال الكاكي : قوله في معنى الزنا، أي في المعنى الذي تعلق به الحد من كل وجه، حتى أن من لا يعرف الشرع لا يفصل بينهما .

قوله -لأنه- أي لأن إتيان الدبر قضاء الشهوة في محل مشتهى، إذ المحل إنما يصير مشتهى باللين والحرارة، وذلك لا يخلو من القبل والدبر، بل الاشتهاء والرغبة في الدبر أبلغ، لأنه لا يتوهم حدوث الولد، بخلاف القبل .

---

(١) أبو داود [٤٤٦٢]، الترمذي [١٤٩٧]، ابن ماجة، [٢٥٦١]، الحاكم في «المستدرك» [٤/ ٣٥٥]، البيهقي [٨/ ٢٣٣] .

(٢) ابن ماجة [٢٥٦٢] .

ويروى : فارجموا الأعلى والأسفل ، ولهما أنه في معنى الزنا ، لأنه قضاء الشهوة في محل مشتهى على سبيل الكمال على وجه تمحض حراماً لقصد سفح الماء . وله أنه ليس زنا لاختلاف الصحابة -رضي الله عنهم- في موجبه من الإحراق بالنار ، وهدم الجدار والتنكيس من مكان مرتفع باتباع الأحجار وغير ذلك ، ولا هو في معنى الزنا ، لأنه ليس فيه إضاعة الولد

وقال الأترازي : وقيد الكمال احترازاً عن الشبهة ، لأن فرجها ينفر عنه الطباع السليمة ، فلم تكن تشتهى على سبيل الكمال م: (**على وجه**) ش: يتعلق بقوله لأنه قضى الشهوة . . . إلى آخره م: (**تمحض حرامًا**) ش: عن قوله م: (**لقصد سفح الماء**) ش: قال الأكمل : هو مناط الحد في الزنا فيلحق به اللواطة بالدلالة ، لا بالقياس ، لأن القياس لا يدخل فيما يدور بالشبهات .

وقال تاج الشريعة - رحمه الله - معنى سفح الماء هنا أبلغ ، لأن المحل لا يصلح للنسل والحرث، فيكون أشد تضييعًا للماء ، لأنه بذر ، وبذر الحب في محل لا ينبت يكون أشد تضييعًا .

م: (**وله**) ش: أي ولأبي حنيفة - رحمه الله - م: (**أنه**) ش: أي الإتيان في الدبر م: (**ليس بزنا لاختلاف الصحابة -رضي الله عنهم - في موجبه**) ش: أي موجب الإتيان في الدبر م: (**من الإحراق بالنار**) ش: .

روى الواقدي في كتاب« الردة » في آخر ردة بني سليم فقال : حدثني يحيى بن عبد الله بن أبي فروة عن عبد الله بن أبي بكر بن حزام قال : كتب خالد بن الوليد إلى أبي بكر الصديق أخبرني أني أتيت برجل قامت عندي البينة أنه يوطأ في دبره كما توطأ المرأة ، فدعى أبو بكر -رضي الله عنه- أصحاب النبي ﷺ واستشارهم فيه ، فقال له عمر -رضي الله عنه- احرقه بالنار ، فإن العرب يأنف أنفًا لا يأنفه أحد غيرهم . وقال غيره اجلدوه ، فكتب أبو بكر إلى خالد بن الوليد أن احرقه بالنار ، فحرقه خالد .

م: (**وهدم الجدار عليهما**) ش: وقال الأترازي : اختلف الصحابة في حده فقال بعضهم : يهدم عليهما الجدار .

قلت : ولم أجد من أخرج هذا عن أحد من الصحابة -رضي الله عنهم- م: (**والتنكيس من مكان مرتفع باتباع الأحجار**) ش: يعني ينكسان من أعلى المواضع ، ثم يتبعان بالحجارة .

وروى ابن أبي شيبة في «مصنفه» حدثنا غسان بن مضر عن سعيد بن زيد عن أبي نضرة قال : سئل ابن عباس ما حد اللواطي ؟ قال : ننظر أعلى بناء في القرية ويرمى منه منكسًا ، ثم يتبع بالحجارة م: (**وغير ذلك**) ش: أي وغير ما ذكر من الأشياء المذكورة ، وهو قول بعضهم يحبسان في أنتن المواضع حتى يموتا .

م: (**ولا هو**) ش: أي الإتيان في الدبر م: (**في معنى الزنا ، لأنه ليس فيه إضاعة الولد**) ش: بيانه

واشتباه الأنساب ، وكذا هو أندر وقوعاً لانعدام الداعي في أحد الجانبين والداعي إلى الزنا من الجانبين ، وما رواه محمول على السياسة أو على المستحيل، إلا أنه يعزر عنده لما بيناه ومن وطئ بهيمة فلا حد عليه ؛ لأنه ليس في معنى الزنا في كونه جناية ، وفي وجود الداعي ، لأن الطبع السليم ينفر عنه . والحامل عليه نهاية السفه أو فرط الشبق ، ولهذا لا يجب ستره

أن الوطء في القبل سبب لحصول الولد ظاهرًا غالبًا ، ثم إذا حصل الولد لا يقوم بحضانته وتربيته لا الزاني ولا الزوج ، لعدم الوثوق بكون الولد منه والأم عاجزة عن الإنفاق عليه ، فيضيع الولد وليس هذا في الإتيان في الدبر .

م: (**واشتباه الأنساب**) ش: أي وليس فيه أيضًا اشتباه الأنساب ، لأن اشتباه الأنساب مبني على الدعوى ، وهذا المعنى مقصود في اللواطة .

م: (**وكذا هو أندر وقوعًا**) ش: أي كذا فعل اللواطة ، وقد روي[. . .] م: (**لانعدام الداعي من أحد الجانبين**) ش: وهو جانب المفعول م: (**والداعي إلى الزنا من الجانبين**) ش: وجانب الفاعل وجانب المفعول ، فلم يكن اللواطة في معنى الزنا ، فلا يثبت حكمه فيهما قياسًا .

م: (**وما رواه**) ش: أي الشافعي وهو قوله عليه الصلاة والسلام : « **اقتلوا الفاعل والمفعول به** » م: (**محمول على السياسة ، أو على المستحيل ، إلا أنه يعزر عنده**) ش: أي عند أبي حنيفة يعزر اللواطي ، وإن كان لا يحد ، وهذا استثناء من قوله ليس بزنا ، ولا هو في معنى الزنا م: (**لما بيناه**) ش: إشارة إلى قوله لأنه منكر ليس فيه شيء مقدر م: (**ومن وطئ بهيمة فلا حد عليه**) ش: وبه قال زفر ومالك وعثمان - رضي الله عنه - عن النبي ﷺ ، وروي عن ابن عمر -رضي الله عنهما- مثله ، وبه قال الشافعي في قول وأحمد - رحمه الله - في رواية ، وفي قول الشافعي - رحمه الله - يحد كالزنا ، وبه قال في رواية . وفي قول يقتل رجمًا ، بكرًا كان أو ثيبًا ، كما روي عن عكرمة عن ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ « **من وجدتموه على بهيمة فاقتلوه واقتلوا البهيمة** »[1] .

م: (**لأنه**) ش: أي لأن وطء البهيمة م: (**ليس في معنى الزنا في كونه جناية**) ش: لأنه ناقص م: (**وفي وجود الداعي**) ش: أي ولا في وجود الداعي م: (**لأن الطبع السليم ينفر عنه**) ش: أي عن وطء البهيمة م: (**والحامل عليه**) ش: أي على وطء البهيمة م: (**نهاية السفه**) ش: لأن العاقل لا يفعل هذا الفعل [. . .] .

م: (**أو فرط الشبق**) ش: بفتح الشين المعجمة ، والباء الموحدة وهو شدة الغلة م: (**ولهذا**) ش: أي ولأجل نفرة الطبع السليم م: (**ولهذا لا يجب ستره**) ش: أي ستر فرج البهيمة ، وإنما أضمر عليه وإن لم يسبق ذكره ذكر البهيمة ملزمة ، كذا قاله الأكمل .

---

(١) الترمذي [١٤٩٥] . البيهقي [٨/ ٢٣٣].

إلا أنه يعزر لما بيناه . والذي يروى أنه تذبح البهيمة وتحرق ،فذلك لقطع التحدث به ، وليس بواجب

قلت : دعوى الاستلزام غير موجه ، نعم يفهم ذلك عند ذكر البهيمة ، ولو كان الطبع داعيًا عليه لوجب ستر ذلك الموضع ، كما في القبل والدبر ، والإيلاج فيه كالإيلاج في الكوز ، ولهذا لا يجب الغسل ، ولا ينقض الطهارة بنفس الإيلاج بدون الإنزال ، فلا يكون في معنى الزنا م: (**إلا أنه يعزر لما بينا**) ش: يعني قوله ارتكب جريمة ، وليس فيها حد .

م: (**والذي يروى**) ش: أي والحديث الذي يروى م: (**أنه تذبح البهيمة وتحرق**) ش: بهذا اللفظ الغريب ، نعم روى الأربعة من حديث عكرمة عن ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ : « من أتى بهيمة فاقتلوه واقتلوها »[1] م: (**فذلك لقطع التحدث به**) ش: أراد به أن الأمة تقبله ، وقتل البهيمة لأجل قطع حديث الناس به، لأن الناس إذا رأوا البهيمة ربما يقولون هذه هي البهيمة التي فعل بها ، فلا يتقرب به فلان ويتضرر ، ويقعون أيضًا في الغيبة ، فلأجل ذلك تقتل البهيمة ، ليكف تحدث الناس على أنا نقول إن الحديث شاذ ضعيف ، ضعفه البخاري ويحيى بن معين وأبو داود مع أنه روي عن ابن عباس أنه قال : لا حد على من أتى بهيمة .

وكذلك روى الثقات عن ابن عباس وإن ثبت تأوله في حق المستحل لتأويل قوله عليه السلام من أتى امرأته الحائض أو امرأته في غير ما أتاها ، فقد كفر بما أنزل على محمد .

وقيل : إنما قال ذلك في فاعل اعتاد وبذلك قتل سياسة عندنا ، ألا ترى أنه أمر بالقتل المطلق، ولم يفرق بين المحض وغيره ، ولو كان بمنزلة النساء يفرق بينه وبين المحض وغيره .

م: (**وليس بواجب**) ش: أي الآخر وليس بواجب . وقال شمس الأئمة السرخسي : الإحراق جائز وليس بواجب ، فإن كانت الدابة مما يؤكل لحمها تذبح ، ويؤكل لا يحرق بالنار على قول أبي يوسف .

وقال أبو يوسف : يحرق بالنار ويضمن الفاعل القيمة إن كانت لغيره ، ولأنها قتلت لأجله كي يعتبر وقال الطحاوي : وإن أتى بهيمة وجب التعزير ، ولا يحد الحد . وإن كانت البهيمة ذبحت ولا تؤكل .

قال الإمام الأسبيجابي في «شرح الطحاوي» [لم يرو] هذا من أصحابنا في كتبهم ، فأما محمد - رحمه الله - روى عن عمر أنه لم يحد واطئ البهيمة ، وأمر بالبهيمة حتى أحرقت بالنار . وقال بعض أصحاب الشافعي : تقتل ولا تحرق ، ويضمن الفاعل إن كانت لغيره .

وقال بعض أصحابه : لا تقتل ، وفرق بعض أصحابنا فقال : إن كانت مما [لا] يؤكل لا

---

(١) أبو داود [٤٤٦٢] ، الترمذي [٢٥٦٤] ، ابن ماجة [٢٥٦٤] .

ومن زنى في دار الحرب أو في دار البغي ثم خرج إلينا فلا يقام عليه الحد ، وعند الشافعي -رحمه الله- يحد لأنه التزم بإسلامه أحكامه أينما كان مقامه. ولنا قوله عليه السلام : لا تقام الحدود في دار الحرب ، ولأن المقصود هو الانزجار،وولاية الإمام منقطعة فيهما ، فيعرى الوجوب عن الفائدة ، ولا تقام بعد ما خرج ، لأنها لم تنعقد موجبة ، فلا تنقلب موجبة ، ولو غزا من له ولاية الإقامة بنفسه

يذبح ، وإن كانت مما يؤكل يذبح . وفي أكلها وجهان ، أحدهما لا يجز ويضمن لغيره .

م: (**ومن زنى في دار الحرب أو في دار البغي ، ثم خرج إلينا ، فلا يقام عليه الحد**) ش: يعني إذا خرج وأقر عند القاضي م: (**وعند الشافعي -رحمه الله- يحد**) ش: وبه قال مالك - رحمه الله وأحمد - رحمه الله - م: (**لأنه التزم بإسلامه أحكامه**) ش: أي أحكام الإسلام م: (**أينما كان مقامه**) ش: بضم الميمين ، أي ثبت موضع إقامته الضمير يرجع إلى من «في» ومن زنى .

م: (**ولنا قوله ﷺ**) ش: أي قول النبي ﷺ م: (**لا تقام الحدود في دار الحرب**) ش: هذا الحديث غريب ، وأخرج البيهقي عن الشافعي - رحمه الله - قال : قال أبو يوسف : حدثنا بعض أشياخنا عن مكحول عن زيد بن ثابت قال : لا يقام الحدود في دار الحرب مخافة أن يلحق أهلها بالعدو ، والمراسيل عندنا حجة كالمسند .

وقال الكاكي : في شرح الصاعدي روى محمد - رحمه الله - في السير الكبير عن النبي ﷺ أنه قال : « **من زنى أو سرق في دار الحرب وأصاب بها حدًا ثم هرب وخرج إلينا فإنه لا يقام عليه الحد** » ثم قال وجه التمسك بحديث الكتاب أنه ﷺ حقق عدم الإقامة لانقطاع ولاية الإمام عنها ، فكان المراد من عدم الإقامة عدم وجوب الحد .

فإن قيل : الحديث يعارض بقوله تعالى : ﴿ **فاجلدوا** ﴾ .

قلنا : خص منه مواضع الشبهة بالإجماع ، فيجوز تخصيصه بخبر الواحد .

م: (**ولأن المقصود**) ش: أي من إقامة الحد م: (**هو الانزجار**) ش: وذا لا يحصل بنفس الوجوب، بل الاستيفاء .

ولا يمكن استيفاؤه ثمة لعدم ولاية الإمام ، فامتنع الوجوب لعدم فائدته ، وهو الاستيفاء ، أشار إليه المصنف بقوله : م: (**وولاية الإمام منقطعة فيهما**) ش: أي في دار الحرب ، ودار البغي كذلك م: (**فيعرى الوجوب عن الفائدة**) ش: وهو الاستيفاء م: (**ولا تقام بعد ما خرج لأنها لم تنعقد موجبة**) ش: أي لأن هذه الفعلة أو الزانية لم تنعقد حال كونها موجبة للحد م: (**فلا تنقلب موجبة**) ش: بعد الخروج إلينا ، فلا يحد .

م: (**ولو غزا من له ولاية الإقامة**) ش: أي إقامة الحدود م: (**بنفسه**) ش: أى باختصاصه بذلك م:

كالخليفة وأمير المصر يقيم الحد على من زنى في معسكره ، لأنه تحت يده ، بخلاف أمير العسكر والسرية لأنه لم يفوض إليهما الإقامة . وإذا دخل الحربي في دارنا بأمان فزنى بذمية أو زنى ذمي بحربية يحد الذمي والذمية عند أبي حنيفة -رحمه الله- ولا يحد الحربي والحربية ، وهو قول محمد -رحمه الله- في الذمي يعني إذا زنى بحربية ، فأما إذا زنى الحربي بذمية لا يحدان عند محمد ، وهو قول أبي حنيفة -رحمه الله- وهو قول أبي يوسف أولاً . وقال أبو يوسف -رحمه الله- يحدون كلهم ، وهو قوله الآخر . لأبي يوسف -رحمه الله- أن المستأمن التزم أحكامنا مدة عمره في دارنا في المعاملات كما أن الذمي التزمها مدة إقامته ، ولهذا يحد حد القذف ويقتل قصاصاً ، بخلاف حد الشرب ، لأنه يعتقد إباحته .

(**كالخليفة وأمير المصر يقيم الحد على من زنى في معسكره ، لأنه تحت يده**) ش: أي لأن من زنى في معسكر من له الولاية يختاره م: (**بخلاف أمير العسكر**) ش: لأنه لم يفرض له ولاية إقامة الحدود م: (**والسرية**) ش: أي بخلاف أمير السرية وهم الذين يسرون بالليل ويخفون بالنهار ، ومنه « خبر السرايا أربعمائة» م: (**لأنه لم يفوض إليهما الإقامة**) ش: أي لم يفرض إلى أمير العسكر وأمير السرية إقامة الحدود .

م: (**وإذا دخل الحربي دارنا بأمان فزنى بذمية أو ذمي بحربية يحد الذمي والذمية عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - ولا يحد الحربي والحربية**) ش: وبقول أبي حنيفة قال الشافعي وأحمد .

وقال الشافعي وأحمد - رحمهما الله - يحد الحربي والذمية . وقال مالك - رحمه الله : لا يحدان ولا يحد الحربي والحربية .

وقال الشافعي - رحمه الله - : يحدان م: (**وهو قول محمد -رحمه الله- في الذمي يعني إذا زنى بحربية ، فأما إذا زنى الحربي بذمية لا يحدان عند محمد -رحمه الله - وهو قول أبي يوسف - رحمه الله - أولاً . وقال أبو يوسف**) ش: آخرًا م: (**يحدون كلهم**) ش: وبه قال الشافعي وزفر م: (**وهو قوله الآخر . لأبي يوسف أن المستأمن التزم أحكامنا مدة إقامته في دارنا في المعاملات ، كما أن الذمي التزمها مدة عمره ، ولهذا**) ش: أي ولأجل التزامه أحكامنا مدة إقامته م: (**يحد حد القذف**) ش: إذا قذف مسلمًا .

م: (**ويقتل قصاصًا**) ش: إذا قتل ويمنع من الزبور وشراء العهد للسلم والمصحف ، ويجبر على بيعهم بعد الشراء كما يجبر الذمي ، بخلاف حد الشرب جواب عما يقال لو كان كذلك لا يقيم عليه حد الشرب ، لأنه من أحكامنا ، أجاب بقوله .

م: (**بخلاف حد الشرب**) ش: يعني حد الشرب ليس كذلك م: (**لأنه يعتقد إباحته**) ش:

فإن قلت : فهو يعتقد إباحة قتل المسلم وقذفه ، فينبغي أن لا يقتص منه ، ولا يحد لقذفه .

ولهما أنه ما دخل دارنا للقرار بل لحاجة كالتجارة ونحوها ، فلم يصر من أهل دارنا ، ولهذا يمكن من الرجوع إلى دار الحرب ، ولا يقتل المسلم ولا الذمي به . فإنما التزم من الحكم ما يرجع إلى تحصيل مقصوده ، وهو حقوق العباد ، لأنه لما طمع في الإنصاف يلتزم الإنصاف والقصاص ، وحد القذف من حقوقهم . أما حد الزنا محض حق الشرع ، ولمحمد -رحمه الله-وهو الفرق أن الأصل في باب الزنا فعل الرجل ، والمرأة تابعة له على ما نذكره إن شاء الله تعالى ، فامتناع الحد في حق الأصل يوجب امتناعه في حق التبع ، أما الامتناع في حق التبع لا يوجب الامتناع في حق

قلت : المعنى باعتقاد الإباحة وهو أن يكون قتل النفس والقذف حرام عندهم في دينهم ، فأما حقهم ذلك ليس بدين ، وإنما هو هوى وتعصب .

م: (**ولهما**) ش: أي ولأبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - م: (**أنه**) ش: أي المستأمن م: (**ما دخل دارنا للقرار ، بل لحاجة كالتجارة ونحوها**) ش: مثل زيارة أقربائه أو لأجل الطيب أو لأجل [. . .] هو منه ، فإذا كان كذلكم: (**فلم يصر من أهل ديارنا ، ولهذا**) ش: أي ولأجل عدم كونه من أهل دارنا م: (**تمكن**) ش: أي الحربي المستأمن م: (**من الرجوع إلى دار الحرب**) ش: إذا عزم على الخروج من دار الإسلام على الدخول في دار الحرب .

م: (**ولا يقتل المسلم ولا الذمي به**) ش: أي بسببه إذا قتل مسلم أو ذمي ، والذمي إذا قتله مسلم يقتص به عندنا ، فعلم أن الحربي لم يكن كالذمي .

م: (**فإنما التزم من الحكم ما يرجع إلى تحصيل مقصوده ، وهو حقوق العباد ، لأنه**) ش: أي لأن الحربي المستأمن م: (**لما طمع في الإنصاف**) ش: المسلمين ، أي طمع في العدل لأجله على غيره م: (**يلتزم الإنصاف**) ش: أي قبل العدل لغيره عليه ، يقال انتصف الرجل إنصافًا إذا أعطي الحق ، وتناصف القوم إذا تعاطوا الحق بينهم م: (**والقصاص وحد القذف من حقوقهم**) ش: أي من حقوق العباد . م: (**أما حد الزنا محض حق الشرع**) ش: فلم يلتزمه فلا يلزمه ، ولما فرغ عن الجواب عن قول أبي يوسف من جهة أبي حنيفة - رحمه الله - ومحمد - رحمه الله - شرع في بيان إثبات ما لكل منهما فيم ذهب إليه فقال م: (**ولمحمد**) ش: يعني في الفرق بين المسلم أو الذمي إذا زنى بحربية مستأمنة حيث يجب الحد عنده على الفاعل ، وبين المسلمة أو الذمية إذا زنت بحربي حيث لا يجب عنده عليهما .

بيانه ما قال بقوله : م: (**وهو الفرق أن الأصل في باب الزنا فعل الرجل ، والمرأة تابعة له**) ش: لكونها محلاً م: (**على ما نذكره إن شاء الله تعالى**) ش: أي في مسألة زنى صحيح بمجنونة أو صغيرة م: (**فامتناع الحد في حق الأصل يوجب امتناعه في حق التبع**) ش: لأن الحد إنما يجب عليهما بالتمكين من فعل موجب للحد فيما مكنت من فعل موجب للحد ، فلا تحد .

م: (**أما الامتناع في حق التبع لا يوجب الامتناع في حق الأصل**) ش: وإلا ما كان مستتبعًا فكان

الأصل ، ونظيره إذا زنى البالغ بصبية أو مجنونة وتمكين البالغة من الصبي والمجنون . ولأبي حنيفة رحمه الله- فيه أن فعل الحربي المستأمن زنا ، لأنه مخاطب بالحرمات على ما هو الصحيح وإن لم يكن مخاطباً بالشرائع على أصلنا ، والتمكين من فعل هو زنا موجب للحد عليها ، بخلاف الصبي والمجنون ، لأنهما لا يخاطبان ، ونظير هذا الاختلاف إذا زنى المكره بالمطاوعة تحد المطاوعة عنده ، وعند محمد -رحمه الله- لا تحد. قالوا : إذا زنى الصبي أو المجنون بامرأة طاوعته ، فلا حد عليه ولا عليها . وقال زفر -رحمه الله- والشافعي -رحمه الله- : يجب الحد عليها ، وهو رواية عن أبي يوسف -رحمه الله- .

أصلاً ، والغرض أنه تبع ، وذلك خلاف باطل م: (**نظيره**) ش: أي نظير هذا م: (**إذا زنى البالغ بصبية أو مجنونة**) ش: فإنه يحد البالغ دونها ، لأن الامتناع في حق التبع لا يستلزمه في حق الأصل م: (**وتمكين البالغة**) ش: أي ونظيره أيضًا تمكين البالغة نفسها م: (**من الصبي والمجنون**) ش: فإنه لا يجب الحد عليها ، لأن الامتناع في حق الأصل يستلزمه في حق التبع .

م: (**ولأبي حنيفة -رحمه الله- فيه أن فعل الحربي المستأمن زنا لأنه مخاطب بالحرمات**) ش: كحرمة الكفر والزنا وإن لم يكن مخاطبًا ، فإذا ما يحتمل السقوط من العبادات م: (**على ما هو الصحيح**) ش: احترز به عن قول بعض مشايخنا العراقيين ، فإنهم قالوا بوجوب الأداء م: (**وإن لم يكن مخاطبًا بالشرائع على أصلنا**) ش: إشارة إلى قول مشايخ ديارنا ، أي ديار المصنف . م: (**والتمكين**) ش: أي تمكين المرأة نفسها منه م: (**من فعل هو زنا موجب للحد عليها**) ش: لقوله تعالى : ﴿ **الزانية والزاني فاجلدوا** ﴾ (النور : الآية ٢) ، فيجب الحد عليها لوجوب المقتضى وانتفاء المانع .

م: (**بخلاف الصبي والمجنون ، لأنهما لا يخاطبان**) ش: هذا جواب عن شبهة محمد - رحمه الله - على أن سقوط الحد من الأصل يوجب السقوط من التبع . ووجه ذلك أن هذا ليس بنظير ما نحن فيه ، لأن الصبي والمجنون لا يخاطبان ، فلا يكون فعلهما ، والتمكين من غير الزنا ليس بزنا فلا يوجب الحد والحربي مخاطب بفعل الزنا ، والتمكين من الزنا زنا يوجب الحد .

م: (**ونظير هذا**) ش: أي نظير هذا م: (**الاختلاف**) ش: الواقع بين أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - م: (**إذا زنى المكره بالمطاوعة تحد المطاوعة عنده**) ش: أي عند أبي حنيفة - رحمه الله- ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد م: (**وعند محمد -رحمه الله- لا تحد**) ش: .

م: (**قال**) ش: أي محمد في« الجامع الصغير» م: (**وإذا زنى الصبي أو المجنون بامرأة طاوعته**) ش: أي طاوعت الصبي أو المجنون م: (**فلا حد عليه ولا عليها . قال زفر- رحمه الله - والشافعي: يجب الحد عليها**) ش: أي على المرأة المطاوعة م: (**وهو**) ش: أي قول زفر والشافعي - رحمهما الله - م: (**رواية عن أبي يوسف - رحمه الله -**) ش: وبه قال مالك وأحمد - رحمه الله - لأنها زانية حقيقة .

وإن زنى صحيح بمجنونة أو صغيرة تجامع مثلها حد الرجل خاصة ، وهذا بالإجماع . ولهما أن العذر من جانبها لا يوجب سقوط الحد من جانبه ، فكذا العذر من جانبه ، وهذا لأن كلاً منهما مؤاخذ بفعله . ولنا أن فعل الزنا يتحقق منه ، وإنما هي محل الفعل ، ولهذا يسمى هو واطئاً وزانياً والمرأة موطوءة ومزنيًا بها إلا أنها سميت زانية مجازاً تسمية للمفعول باسم الفاعل كالراضية في معنى المرضية ، أو لكونها مسببة بالتمكين ، فيتعلق الحد

م: (وإن زنى صحيح بمجنونة أو صغيرة تجامع مثلها حد الرجل خاصة ، وهذا بالإجماع) ش: إنما قيد بقوله : تجامع مثلها ، لأنها إذا لم تكن تجامع مثلها فوطئها لا يجب عليه الحد ، لأنه كإتيان البهيمة ، لأن الطباع السليمة لا ترغب في مثلها ، ألا ترى إلى ما قال صاحب « الأجناس» في كتاب الصوم . ولو وطئ الرجل جارية لها خمس سنين وأفضاها ولا تحتمل الوطء لصغرها لا كفارة عليه ، ولا يفطره إذا لم [. . .] ، وهو كإيلاج البهيمة ، ونقل أيضًا صاحب «الأجناس» عن «نوادر ابن رستم» . قال أبو حنيفة إذا جامع ابنة امرأته وهي صغيرة لا يجامع مثلها فأفضاها وأفسد بها لا يحرم عليه ابنها ، لأن هذه ممن لا تجامع . وقال أبو يوسف : أكره له البنت والأم . وقال محمد : النثرة أحب إلي ،ولكن لا أفرق بينه وبين أمها .

م: (لهما) ش: أي لزفر والشافعي م: (أن العذر من جانبها) ش: كما في صورة الإجماع بأن كانت مجنونة أو صبية أو نائمة أو مكرهة ، م: (لا يوجب سقوط الحد من جانبه) ش: أي من جانب الرجل بالاتفاق م: (فكذا العذر من جانبه) ش: بأن كان صبيًا أومجنونًا ، والجامع كون كل واحد منهما مؤاخذ لفعله ، وهو معنى قوله م: (وهذا لأن كلاً منهما) ش: أي من الرجل والمرأة أو من الذكر والأنثى م: (مؤاخذ بفعله) ش: أي لا بفعل صاحبه .

م: (ولنا أن فعل الزنا يتحقق منه) ش: أي من الرجل لوجوده منه حقيقة م: (وإنما هي) ش: أي المرأة م: (محل الفعل) ش: أي فعل الزنا م: (ولهذا) ش: توضيح لكون الفعل حقيقة من الرجل ، أي ولأجل ذلك م: (يسمى هو واطئًا وزانيًا) ش: على صورة اسم الفاعل م: (والمرأة) ش: شر ، ويسمى المرأة . وأوجب على الزانية الحد .

وتقرير الجواب بصورة اسم الفاعل ، وأوجب على الزانية الحد ، وتقرير الجواب أن الله تعالى [. . .] منهما المرأة سماها م: (موطوءة ومزنيًا بها ، إلا أنها سميت زانية مجازًا تسمية للمفعول باسم الفاعل كالراضية في معنى المرضية) ش: في قوله تعالى : ﴿ في عيشة راضية ﴾ (الحاقة : الآية : ٢١)، باسم المرضية ، وهذا أحد التأويلين والتأويل الآخر بمعنى ذات رضى ، وكما في قوله تعالى [. . .] ، بمعنى فرق .

م: (أو لكونها) ش: عطف على قوله تسمية للمفعول باسم الفاعل ، أي ولكون المرأة م: (مسببة) ش: أي صاحبة سبب م: (بالتمكين) ش: أي بسبب التمكينم: (فيتعلق الحد) ش: مبتدأ م:

في حقها بالتمكين من قبيح الزنا ، وهو فعل من هو مخاطب بالكف عنه ، ومؤثم على مباشرته . وفعل الصبي ليس بهذه الصفة ، فلا يناط بـه الحد . قال : ومن أكرهه السلطان حتى زنا فلا حد عليه ، وكان أبو حنيفة -رحمه الله- يقول أولاً يحد ، وهو قول زفر -رحمه الله- ، لأن الزنا من الرجل لا يكون إلا بعد انتشار الآلة ، وذلك دليل الطواعيـة ، ثم رجع عنه فقال : لا حد عليه لأن سببه الملجئ ، قائم ظاهراً ، والانتشار دليل متـردد ، لأنه قد يكون من غير قصد ، لأن الانتشار قد يكون طبـعاً لا طوعـاً

(**في حقها**) ش: في حق المرأة م: (**بالتمكين**) ش: أي سبب التمكين م: (**من قبيح الزنا**) ش: خبر المبتدأ ، والإضافة فيه مثل الإضافة في حرف تصنيفه م: (**وهـو**) ش: أي الزنا م: (**فعل من هو مخاطب بالكف عنه**) ش: أي عن الزنا م: (**ومؤثم**) ش: بكسر الثاء المثلثة من التأثيم أي الزنا م: (**على مباشرته**) ش: أي بفعله م: (**وفعل الصبي ليس بهـذه الصفة**) ش: لأن الصبي ليس مخاطب بالكف عن الزنا ، وليس بمؤثم أيضًا إذا باشر وطء الأجنبية ، لأن القلم مرفوع عنه ، وكذا فعل المخمور ، فإذا كان كذلك م: (**فلا يناط به**) ش: فلا يتعلق به م: (**الحد**) ش: .

إن قيل : لما لم يجب الحد على الصبي والمجنون بالزنا بمطاوعته ينبغي أن يجب عليهما العقر ، لأن الوطء في غير الملك لا يخلو عن أحد الأمرين ، إما العقر ، وإما الحد ، والعقر هو مهر المثل . ولهذا لو زنا الصبي بصبية أو مكرهة يجب عليه المهر ، وها هنا لم يجب ذكره في «الذخيرة» ، فما الفرق ؟ .

قلنا : لا فائدة في إيجاب المهر عليه ، لأن لو أجبنا عليه كان لولي الصبي الرجوع عليها في الحال بمثل ذلك ، لأنها لما طاوعت صارت امرأة لها بالزنا معها ، وقد لحقه بذلك عزم ، وصح الأمر من المرأة ، لأن لها ولاية على نفسها ، فلا يفيد الإيجاب ، بخلاف ما إذا كانت مكرهة أو صبية ، فإن المكرهة ليست بامرأة ، والصبية لا يصح أمرها لعدم ولايتها على نفسها ، فكانت بمنزلة المكرهة .

م: (**قال**) ش: أي محمد - رحمه الله - في« الجامع الصغير» : م: (**ومن أكرهه السلطان حتى زنا فـلا حـد عليـه ، وكان أبو حنـيفـة -رحـمـه الله- يقـول أولاً يحد ، وهو قـول زفـر**) ش: وبه قـال الشافعي- رحمه الله - في قول وأحمد م: (**لأن الزنا من الرجل لا يكون إلا بعد انتـشار الآلة ، وذلك دليل الطواعية**) ش: أي علانيتها ، وعلانية الاختيار أيضًا فافترق بالإكراه ما ينافيه ، فانتفى الإكراه يقـال طاع يطوع طوعًا وطواعية مثل أطاع يطيع إطاعة ، إلا أنهم يقـولون طاع له . ولا يقـولون طاعته كما يقولون إطاعة ، وفلان طوع يدك أي منقاد لك م: (**ثم رجع عنه ، وقال لا حد عليه، لأن سببـه الملجئ قائم ظاهرًا ، والانتشار دليل متردد ، لأنه قد يكون من غيـر قصد**) ش: أي انتشار الآلة م: (**لأن الانتشار قد يكون طبعًا**) ش: أي من حيث طبع الرجل م: (**لا طوعًا**) ش: أي من حيث الطوع م:

كما في النائم فأورث شبهة . وإن أكرهه غير السلطان حد عند أبي حنيفة -رحمه الله- . وقالا : لا يحد ، لأن الإكراه عندهما قد يتحقق من غير السلطان ، لأن المؤثر خوف الهلاك ، وأنه يتحقق من غيره . وله أن الإكراه من غيره لا يدوم إلا نادراً لتمكنه من الاستعانة بالسلطان أو بجماعة المسلمين وتمكنه دفعه بنفسه بالسلاح والنادر لا حكم له ، فلا يسقط به الحد ، بخلاف السلطان ، لأنه يمكنه الاستعانة بغيره ، ولا الخروج بالسلاح عليه فافترقا .

(**كما في النائم**) ش: فإن النائم قد تنتشر آلته لفرط فحولته وإن لم يكن قصده واختاره م: (**فأورث شبهة**) ش: فاندرأ الحد وبه قال زفر والشافعي - رحمهما الله - في قول ، ولكنه يعزر وهو قولهما .

م: (**وإن أكرهه غير السلطان حد عند أبي حنيفة -رحمه الله -**) ش: وبه قال زفر والشافعي - رحمهما الله - في قول وأحمد م: (**وقالا**) ش: : أي وقال أبو يوسف ومحمد - رحمه الله - : م: (**لا يحد**) ش: وغير السلطان مثل السلطان عندهما . يعني لا يحد سواء أكرهه السلطان أو غيره م: (**لأن الإكراه عندهما قد يتحقق من غير السلطان ، لأن المؤثر**) ش: أي في الحكم م: (**خوف الهلاك ، فيتحقق من غيره**) ش: أي من غير السلطان ، وبه قال الشافعي وأحمد - رحمهما الله .

م: (**وله أن الإكراه من غيره**) ش: أي ولأبي حنيفة - رحمه الله - أن الإكراه من غير السلطان م: (**لا يدوم إلا نادراً لتمكنه**) ش: أي لتمكن المكره م: (**من الاستعانة بالسلطان أو بجماعة المسلمين وتمكنه دفعه**) ش: وتمكنه بالجر عطفًا على قوله لتمكنه بقوله ، وقوله دفعه بالنصب مفعول المصدر أي دفع غير السلطان . وحاصله أن المكره يتمكن من دفع الإكراه إذا وقع من غير السلطان بالسلطان أو لجماعة المسلمين أو بنفسه باستعمال السلاح .

قلت : فيه نظر فإنه لا يتمكن بشيء من ذلك في هذا الزمان . أما السلطان فإنه لا يصل إليه كل واحد ، لا سيما إذا كان المكره بالمكره بكسر من ظلمة السلطان ، وأما جماعة المسلمين فإنهم ليس لهم غيرة الإسلام في هذا الزمان كما ينبغي . وأما دفع المكره الإكراه م: (**بنفسه بالسلاح**) ش: أو بغيره ، فيعد حدًا ، ولا سيما إذا كان الإكراه من ولاة الشرطة أو من العمال الكمال الظلمة الخونة . ولأجل هذا ذكر في «الكافي» : أن هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان ، فالسلطان كان في زمنه قوة وغلبة بحيث لا يتجاسر أحد على إكراه غيره ، وفي زماننا ظهرت القوة لكل متغلب ، فيتحقق الإكراه من غير السلطان فما أفتى كل منهما بما عاين ، وفي زماننا ظهرت القوة لكل متغلب لا يفتى بقولهما .

م: (**والنادر لا حكم له فلا يسقط به الحد ، بخلاف السلطان ، لأنه لا يمكنه الاستعانة بغيره**) ش: أي بغير السلطان م: (**ولا الخروج**) ش: أي ولا يمكنه الخروج م: (**بالسلاح عليه فافترقا**)

ومن أقر أربع مرات في مجالس مختلفة أنه زنى بفلانة . وقالت هي : تزوجني أو أقرت بالزنا ، وقال الرجل : تزوجتها فلا حد عليه وعليه المهر في ذلك . لأن دعوى النكاح يحتمل الصدق ، وهو يقوم بالطرفين فأورث شبهة ، وإذا سقط الحد وجب المهر تعظيماً لخطر البضع . ومن زنى بجارية فقتلها فإنه يحد وعليه القيمة ، معناه قتلها بفعل الزنا

قال محمد في «الجامع الصغير» : م: (**ومن أقر أربع مرات في أربعة مجالس مختلفة أنه زنى بفلانة ، وقالت : هي تزوجني أو أقرت**) ش: أي المرأة م: (**بالزنا وقال الرجل تزوجتها فلا حد عليه**) ش: ولا عليها ، كذا في « الكافي » .

وفي بعض النسخ عليهما كذا ضبطه الأترازي ، وفي نسخة شيخنا علاء الدين السيرافي - رحمه الله تعالى- وكتب في الحاشية ولا عليها ، وإنما قيد بقوله أربع مرات في مجالس مختلفة ، لأنه إذا أقر أربع مرات في مجلس واحد يعتبر ذلك مرة واحدة .

م: (**وعليه المهر في ذلك**) ش: لأنه لما سقط الحد وجب المهر بأنه لخطر المحل ، لكن هذا فيما إذا كان دعوى النكاح قبل فيه أن يحد المقر ، فإذا كانت الدعوى بعد الحد فلا مهر لها ، لأن الحد لا ينقض بعد الإقامة .

فإن قلت : كيف يجب المهر إذا أقرت بالزنا وادعى الرجل النكاح وهي بإقرار طالبته نافية المهر .

قلت : نعم إن الأمر كذلك ، لكن الحد سقط عنهما بشبهة ثابتة ، شبهة من دعوى النكاح ، فبعد سقوط الحد لم يلتفت إلى إقراره بالزنا فوجب العقر ، وهو مهر المثل إبانة لخطر المحل .

م: (**لأن دعوى النكاح يحتمل الصدق ، وهو يقوم بالطرفين**) ش: أي النكاح يقوم بطرفي الرجل والمرأة م: (**فأورث شبهة**) ش: أي قولها تزوجني أو قوله تزوجتها أورث شبهة في سقوط الحد عن المدعي م: (**فإذا سقط الحد وجب المهر تعظيمًا لخطر البضع**) ش: وهو المحل، لأن المهر يجب حقًا لله تعالى في النكاح .

ولهذا يجب في المفوضة ، وهنا لما سقط الحد عنها يثبت في حقها بشبهه النكاح فلا ينفي المهر بانتفائها كما في حقيقة النكاح .

م: (**ومن زنى بجارية فقتلها ، فإنه يحد ويجب عليه القيمة**) ش: إنما وضع المسألة في الجارية ، وإن كان الحكم وهو وجوب الحد مع الضمان لا يتفاوت بين المرأة والأمة ، فإنه لو فعل هذا مع الحرة يجب الحد والدية ، لما أن الشبهة في عدم وجوب الحد إنما ترد في حق الأمة ، لأن في حق الحرة لا تصير ملكًا للزاني عند أداء الدية ، والأمة تصير ملكًا كيلا يجتمع البدل والمبدل في ملك رجل والحد م: (**معناه**) ش: أي معنى قول محمد - رحمه الله - م: (**فقتلها بفعل الزنا**) ش: إنما

لأنه جنى جنايتين فيوفر، على كل واحد منهما حكمه. وعن أبي يوسف ـ رحمه الله ـ لا يحد، لأن تقرر ضمان القيمة سبب الملك لأمة، فصار كما إذا اشتراها بعد ما زنى بها، وهو على هذا الاختلاف واعتراض سبب الملك قبل إقامة الحد يوجب سقوطه، كما إذا ملك المسروق قبل القطع. ولهما أنه ضمان قتل.

هو قول محمد - رحمه الله - ؛ لأن المسألة من مسائل «الجامع الصغير» . قال الأترازي - رحمه الله - : ولم يذكر فيه خلاف ، ولكن ذكر أبو الليث في شرحه للجامع الصغير : ذكر أبو يوسف في «الأمالي» أن هذا قول أبي حنيفة خاصة .

وفي قول أبي يوسف : له حد عليه ، ولو كانت حرة فعليها الحد بالاتفاق ، وكذا ذكر الخلاف في المنظومة بين أبي حنيفة وأبي يوسف ، ولا قول فيه لمحمد م: (**لأنه جنى جنايتين**) ش: وهما الزنا والقتل م: (**فيوفر على كل واحدة منهما**) ش: أي من الجانبين م: (**حكمه**) ش: أي حكم الجارية ، يعني تؤاخذ بموجب كل واحدة منهما فيحد للزنا ويضمن القيمة بالجناية على النفس ، ولا منافاة بينهما فيجتمعان ، فلا يكون ضمان القيمة مانعًا عن وجوب الحد ، لأنه ضمان الدم .

م: (**وعن أبي يوسف -رحمه الله- أنه لا يحد ، لأن تقرر ضمان القيمة سبب لملك الأمة**) ش: فلا يملكها قبيل إقامة الحد سقط الحد م: (**فصار**) ش: أي حكم هذا م: (**كما إذا اشتراها**) ش: أي الأمة م: (**بعد ما زنى بها**) ش: قبل إقامة الحد .

م: (**وهو على هذا الخلاف**) ش: أي شراء الجارية بعد الزنا قبل إقامة الحد على هذا الخلاف عند أبي حنيفة ومحمد خلافًا لأبي يوسف ، وكأنه رد المختلف إلى المختلف ، لكن الخلاف في المشتراة بعد الزنا مذكور في ظاهر الرواية ، بخلاف ما نحن فيه .

م: (**واعتراض سبب الملك قبل إقامة الحد يوجب سقوطه**) ش: أي سقوط الحد م: (**كما إذا ملك المسروق قبل القطع**) ش: أي كما إذا ملك المسروق منه قبل قطع يد السارق سقط القطع .

م: (**ولهما**) ش: أي ولأبي حنيفة ومحمد م: (**أنه ضمان قتل**) ش: أي أن هذا الضمان ضمان قتل ، ولهذا يجب على العاقلة في ثلاث سنين م: (**فلا يوجب الملك ، لأنه ضمان دم**) ش: والدم مما لا يمكنه ويمكن أن يقرر هكذا ، لأنه ضمان دم وضمان الدم يجب بعد الموت والملك والميت ليس بمحل للملك م: (**ولو كان يوجبه**) ش: أي ولو كان ضمان القتل يوجب الملك م: (**فإنما يوجبه في إنما**

هو قول محمد - رحمه الله - ؛ لأن المسألة من مسائل «الجامع الصغير» .

قال الأترازي - رحمه الله - : ولم يذكر فيه خلاف ، ولكن ذكر أبو الليث في شرحه للجامع الصغير : ذكر أبو يوسف في «الأمالي» أن هذا قول أبي حنيفة خاصة .

لأنه جنى جنايتين فيوفر، على كل واحد منهما حكمه . وعن أبي يوسف -رحمه الله- لا يحد ، لأن تقرر ضمان القيمة سبب لملك الأمة ، فصار كما إذا اشتراها بعد ما زنى بها ، وهو على هذا الاختلاف واعتراض سبب الملك قبل إقامة الحد يوجب سقوطه ، كما إذا ملك المسروق قبل القطع .ولهما أنه ضمان قتل فلا يوجب الملك ، لأنه ضمان دم . ولو كان يوجبه فإنما يوجبه في العين كما في هبة المسروق لا في منافع البضع ، لأنها استوفيت والملك يثبت مستنداً ،

وفي قول أبي يوسف : له حد عليه ، ولو كانت حرة فعليها الحد بالاتفاق ، وكذا ذكر الخلاف في المنظومة بين أبي حنيفة وأبي يوسف ، ولا قول فيه لمحمد م :(**لأنه جنى جنايتين**) وهما الزنا والقتل م :(**فيوفر على كل واحدة منهما**) أي من الجانبين م :(**حكمه**) أي حكم الجارية ، يعني تؤاخذ بموجب كل واحدة منهما فيحد للزنا ويضمن القيمة بالجناية على النفس ، ولا منافاة بينهما فيجتمعان ، فلا يكون ضمان القيمة مانعًا عن وجوب الحد ، لأنه ضمان الدم .

م :(**وعن أبي يوسف -رحمه الله- أنه لا يحد ، لأن تقرر ضمان القيمة سبب لملك الأمة**) فلا يملكها قبيل إقامة الحد سقط الحد م :(**فصار**) أي حكم هذا م :(**كما إذا اشتراها**) أي الأمة م :(**بعد ما زنى بها**) قبل إقامة الحد .

م :(**وهو على هذا الخلاف**) أي شراء الجارية بعد الزنا قبل إقامة الحد على هذا الخلاف عند أبي حنيفة ومحمد خلافًا لأبي يوسف ، وكأنه رد المختلف إلى المختلف ، لكن الخلاف في المشتراة بعد الزنا مذكور في ظاهر الرواية ، بخلاف ما نحن فيه .

م :(**واعتراض سبب الملك قبل إقامة الحد يوجب سقوطه**) أي سقوط الحد م :(**كما إذا ملك المسروق قبل القطع**) أي كما إذا ملك المسروق منه قبل قطع يد السارق سقط القطع .

م :(**ولهما**) أي ولأبي حنيفة ومحمد م :(**أنه ضمان قتل**) أي أن هذا الضمان ضمان قتل ، ولهذا يجب على العاقلة في ثلاث سنين م :(**فلا يوجب الملك ، لأنه ضمان دم**) والدم مما لا يمكنه ويمكن أن يقرر هكذا ، لأنه ضمان دم وضمان الدم يجب بعد الموت والملك والميت ليس بمحل للملك م :(**ولو كان يوجبه**) أي ولو كان ضمان القتل يوجب الملك م :(**فإنما يوجبه في العين كما في هبة المسروق لا في منافع البضع ، لأنها استوفيت**) تقريره لو كان هذا الضمان يوجب الملك لا يوجب في العين التي هي موجودة لا في منافع البضع التي هي أعراض استوفيت فانعدمت وتلاشت .

م: (**والملك يثبت مستنداً**) ش: إلا أن الملك الثابت في بيان العدوان يثبت بطريق الاستناد ، والاستناد يظهر في القائم لا في الغائب ، وهو معنى قوله م: (**فلا يظهر في المستوفى**) ش: بفتح الفاء م: (**لكونها**) ش: قال الأترازي : والضمير راجع إلى المستوفي على تأويل منفعة البضع ، أي لا يظهر الملك في منافع المستوفاة لأنها انعدمت والأوجه أن يكون أربع م: (**معدومة**) ش: فإذن لم يثبت شبهة الملك في منافع البضع المستوفاة ، فلم يسقط الحد .

فلا يظهر في المستوفى لكونها معدومة ، وهذا بخلاف ما إذا زنى بها فأذهب عينها حيث يجب عليه قيمتها ويسقط الحد ، لأن الملك هنالك يثبت في الجثة العمياء وهي عين ، فأورث شبهة .

م: (**وهذا**) ش: أي هذا الذي قلنا م: (**بخلاف ما إذا زنى بها**) ش: أي بالجارية م: (**فأذهب عينها**) ش: حيث م: (**حيث يجب عليه قيمتها**) ش: أي قيمة العين ، وهو نصف قيمة الجارية م: (**ويسقط الحد ، لأن الملك هنالك يثبت في الجثة العمياء وهي عين**) ش: لا عوض ، فجاز أن يثبت الملك فيها بطريق الإسناد م: (**فأورث شبهة**) ش: في سقوط الحد . وفي صورة المتنازع فيه لم يثبت الملك في الجارية أصلاً ، لأن ذلك الضمان ضمان دم ، ولم يثبت في المنافع أيضًا ، لأنها معدومة يسقط الحد لفقدان الشبهة .

م: (**قال**) ش: أي محمد - رحمه الله - في « الجامع الصغير » : م: (**وكل شيء صنعه الإمام**) ش: فإن قذف إنسانًا أو زنى أو شرب الخمر ، والمراد من الإمام الخليفة ، قاله أبو الليث ، وفسره بقوله : م: (**الذي ليس فوقه إمام**) ش: ولا شك أن الخليفة ليس فوقه إمام م: (**فلا حد عليه إلا القصاص ، فإنه يؤخذ به**) ش: أي ويؤخذ أيضًا م: (**وبالأموال ، لأن الحدود حق الله ، وإقامتها**) ش: أي إقامة الحدود م: (**إليه**) ش: أي إلى الإمام م: (**لا إلى غيره**) ش: أي ليس لغير الإمام إقامة الحدود .

قال : وكل شيء صنعه الإمام الذي ليس فوقه إمام فلا حد عليه إلا القصاص ، فإنه يؤخذ به وبالأموال ، لأن الحدود حق الله تعالى ، وإقامتها إليه لا إلى غيره ، ولا يمكنه أن يقيم على نفسه لأنه لا يفيد بخلاف حقوق العباد ، لأنه يستوفيه ولي الحق إما بتمكينه أو بالاستعانة بمنعة المسلمين والقصاص والأموال منها . وأما حد القذف قالوا : المغلب فيه حق الشرع فحكمه كحكم سائر الحدود التي هي حق الله تعالى

باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها

م: (ولا يمكنه) ش: أي ولا يمكن الإمام م: (أن يقيم) ش: أي يقيم حق الله تعالى م: (على نفسه ، لأنه لا يفيد) ش: الوجوب الموجوب فائدته ، لأنه لا يقع مؤلمًا ، فلا يقع زاجرًا . والمقصود من الزاجر الحد ، فلا بد أن يكون الزاجر غير المزجور ، ولا يقدر القاضي أن يقضي عليه ، لأنه هو الذي ولاه القضاء يسقط حق الله تعالى في الدنيا .

م: (بخلاف حقوق العباد ، لأنه يستوفيه) ش: أي يستوفي الحق م: (ولي الحق) ش: أي صاحب الحق ، واختار لفظ الولي ليتناول الوصي والوكيل م: (إما بتمكينه) ش: أي بتمكين الإمام إياه في أخذ حقه م: (أو بالاستعانة بمنعة المسلمين) ش: أي بقوتهم ، يقال فلان في عز ومنعة يمنعه ، أي تمنع على من قصده من الأعداء .

م: (والقصاص والأموال منها) ش: أي من حقوق العباد ، فالإمام وغيره فيها سواء ، لأنه يمكن استيفاء القصاص والمال بمنعة المسلمين ، كذا قالوا وفيه تأمل .

م: (وأما حد القذف قالوا) ش: أي قال علماؤنا م: (المغلب فيه حق الشرع) ش: على ما يجيء في بابه إن شاء الله م: (فحكمه) ش: أي فحكم حد القذف م: (كحكم سائر الحدود التي هي حق الله تعالى) ش: يعني لا يؤاخذ به الإمام وتقابل أن يقول لو كان المغلب فيه حق الشرع لوجب أن يحد المستأمن إذا قذف ، كما لو زنى وقد تقدم أنه يحد ، لأنه حق العبد .

والجواب أن قذف القاذف يشتمل على الحقين لا محالة ، فيستعمل بكل منهما بحسب ما يليق به ، وما يليق بالحربي أن يكون حق العبد لإمكان الانتفاء وما يليق بالإمام أن يكون حق الله تعالى ، لأنه ليس فوقه إمام يستوفيه منه والله أعلم .

* * *

م: (باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها)

ش: أي هذا باب في بيان أحكام الشهادة على الزنا ، وسيأتي حكم الرجوع عن الشهادة قد مر أن ثبوت الزنا عند الإمام إنما يكون بأحد شيئين لا غير ، وهما الإقرار والشهادة ، وأخر

قال : وإذا شهد الشهود بحد متقادم لم يمنعهم عن إقامته بعدهم عن الإمام لم تقبل شهادتهم إلا في حد القذف خاصة . وفي «الجامع الصغير» : وإذا شهد عليه الشهود بسرقة أو بشرب خمر أو بزنا بعد حين لم يؤخذ به ، وضمن السرقة . والأصل فيه أن الحدود الخالصة حقًا لله تعالى تبطل بالتقادم ، خلافاً للشافعي -رحمه الله- وهو يعتبرها بحقوق العباد وبالإقرار الذي هو أحد الحجتين . ولنا أن الشاهد مخير بين الحسبتين

من أداء الشهادة والستر ، فالتأخير إن كان لاختيار الستر فالإقدام على الأداء بعد ذلك لضغينة

الشهادة ها هنا عن الإقرار لقلة ثبوت الزنا بالشهادة وندر ، حتى لم ينقل عن السلف ثبوت الزنا عند الإمام بالشهادة إذ رؤيته أربع رجال عدول على الوصف المذكور كالميل في المكحلة ، كما في الكلاب في غير غاية القدرة .

م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**وإذا شهد الشهود بحد متقادم لم يمنعهم عن إقامته بعدهم عن الإمام لم تقبل شهادتهم إلا في حد القذف خاصة**) ش: هذا لفظ القدوري في «مختصره»، ثم ذكر المصنف لفظ «الجامع الصغير» بقوله: م: (**وفي «الجامع الصغير» : وإذا شهد عليه الشهود بسرقة أو بشرب خمر أو بزنا بعد حين لم يؤخذ به ، وضمن السرقة**) ش: لاشتماله على زيادة إيضاح على تعديد ما يوجب الحد صريحًا من السرقة وشرب الخمر والزنا ، وزيادة لفظ الحين الذي استفاد منه بعض المشايخ وقدر ستة أشهر في التقادم وزيادة إثبات الضمان في السرقة .

م: (**والأصل**) ش: يحل في هذا الباب م: (**أن الحدود الخالصة حقًا**) ش: أي خلوصًا حقًا كائنًا م: (**لله تعالى**) ش: السرقة وحد الزنا وحد شرب الخمر م: (**تبطل بالتقادم ، خلافًا للشافعي**) ش: حيث يقول لا تبطل الشهادة والإقرار بالتقادم ،وبه قال مالك وأحمد - رحمه الله - . وعن أحمد مثل قولنا . وقال ابن أبي ليلى : الشهادة والإقرار لا يقبلان بعد التقادم . وعن أبي حنيفة وأبي يوسف الإقرار لا يبطل بالتقادم إلا الإقرار بشرب الخمر ، فإنه يبطل بالتقادم . وقال زفر : التقادم يمنع الإقرار بالحدود اعتباراً لحجة البينة .

م: (**وهو**) ش:أي الشافعي م: (**يعتبرها**) ش: أي يعتبر الشهادة م: (**بحقوق العباد**) ش: حيث لا يمنع التقادم في حقوق العباد م: (**وبالإقرار**) ش: أي ويعتبرها بالإقرار م: (**الذي هو أحد الحجتين**) ش: وهما البينة والإقرار .

م: (**ولنا أن الشاهد مخير بين الحسبتين**) ش: تثنية حسبة - بكسر الحاء وسكون السين المهملتين وقال في «المجمل» : الحسبة احتسابك الأجر عند الله تعالى . وقال الكاكي: بين حسبتين ، أي أجرين مطلوبين ، يقال أحسب بكذا أجرًا ، والاسم الحسبة، والجمع الحسب ، إذ الشهادة والستر وقال الأترازي : كلاهما بالجر على أنهما بدلان من حسبتين .

هيجته ، أو لعداوة حركته ، فيتهم فيها ، وإن كان التأخير فيها لا للستر يصير فاسقاً آثماً ، فتيقنًا بالمانع ، بخلاف الإقرار ، لأن الإنسان لا يعادي نفسه ، فحد الزنا وشرب الخمر والسرقة خالص حق الله تعالى ، حتى يصح الرجوع عنها بعد الإقرار ، فيكون التقادم فيه مانعاً ، وحد القذف فيه حق العبد ، لما فيه من دفع العار عنه ، ولهذا لا يصح رجوعه بعد الإقرار ، والتقادم غير مانع في حقوق العباد ، لأن الدعوى فيه شرط ، فيحتمل تأخيرهم على انعدام الدعوى ، فلا يوجب تفسيقهم ، بخلاف حد السرقة

قلت : الرفع فيهما أحسن على أن كل واحد منهما خبر لمبتدأ محذوف تقديره أحدهما م: (**من أداء الشهادة**) ش: والآخر م: (**والستر**) ش: أما الشهادة فلقوله تعالى : ﴿ **وأقيموا الشهادة لله** ﴾ (الطلاق : الآية ٢) ، وأما الستر فلما روى أبو هريرة عن النبي ﷺ أنه قال : « **من ستر على مسلم ستره الله في الدنيا والآخرة** » ، ثم إن الشاهد إذا لم يشهد في أول الأمر يحمل أمره على الصلاح ، بأن يقول إنه اختار الستر المندوب ولا الحد ، ثم بعد ذلك .

م: (**فالتأخير**) ش: أي تأخير الشهادة م: (**إن كان لاختيار الستر فالإقدام**) ش: أي إقدامه م: (**على الأداء بعد ذلك لضغينة**) ش: بالمعجمتين ، وهو الحقد م: (**هيجته**) ش: أي بعينه من هيجت ما هيجت الناقة فانبعث م: (**أو لعداوة حركته فيتهم فيها**) ش: أي في الشهادة ، فلم يقبل م: (**وإن كان التأخير فيها**) ش: أي في الشهادة م: (**لا للستر**) ش: أي لأجل الستر عليه م: (**يصير فاسقًا آثمًا**) ش: لأن تأخير الحد ، فإذا كان كذلك م: (**فتيقنًا بالمانع**) ش: من القبول ، فلا تقبل ، ألا ترى لو طلب المدعي الشهادة في حقوق العباد فأخر الشاهد بلا عذر ثم ادعى لا يقبل لترك الأداء مع الإمكان .

م: (**بخلاف الإقرار**) ش: حيث لا يبطل بالتقادم م: (**لأن الإنسان لا يعادي نفسه**) ش: فتنعدم التهمة م: (**فحد الزنا وشرب الخمر والسرقة خالص حق الله تعالى ، حتى يصح الرجوع عنها بعد الإقرار، فيكون التقادم فيه مانعًا ، وحد القذف فيه حق العبد ، لما فيه من دفع العار عنه ، ولهذا**) ش: أي ولأجل كونه حد القذف فيه حق العبد م: (**لا يصح الرجوع بعد الإقرار والتقادم غير مانع في حقوق العباد ، لأن الدعوى فيه**) ش: أي في حق العبد م: (**شرط فيحتمل تأخيرهم**) ش: أي تأخير الشهود والشهادة م: (**على انعدام الدعوى ، فلا يوجب**) ش: أي بأجرتها وتم [. . .] ، أي تأخير شرائهم م: (**تفسيقهم**) ش: لعدم الموجب .

م: (**بخلاف حد السرقة**) ش: جواب عما يقال الدعوى شرط في السرقة كما في حقوق العباد ومع ذلك تمنع التقادم ، فيعلم أن القبول بعد التقادم في حقوق العباد لم يكن إلا بشرط الدعوى ، فأجاب أولاً بالمنع بقوله م: (**لأن الدعوى فيه**) ش: أي في حد السرقة م: (**ليست بشرط للحد**) ش: أي لإقامة الحد م: (**لأنه خالص حق الله تعالى على ما مر**) ش: من قوله فحد الزنا وشرب الخمر

لأن الدعوى ليست بشرط للحد ، لأنه خالص حق الله تعالى على ما مر ، وإنما شرطت للمال ، ولأن الحكم يدار على كون الحد حقًا لله ، فلا يعتبر وجود التهمة في كل فرد ، ولأن السرقة تقام على الاستسرار على غرة عن المالك ، فيجب على الشاهد إعلامه ، وبالكتمان يصير فاسقاً آثماً ، ثم التقادم ، كما يمنع قبول الشهادة في الابتداء يمنع الإقامة بعد القضاء عندنا ، خلافاً لزفر -رحمه

والسرقة خالص حق الله تعالى .

م: (**وإنما شرطت**) ش: أي الدعوى وتذكير الفعل على تأويل الادعاء م: (**للمال**) ش: أي لأجل المال ، فلما لم تكن الدعوى شرطًا للحد كان تأخير الشهادة مانعًا يقومها ، لأنه وقع بلا عذر م: (**ولأن الحكم**) ش: جواب آخر م: (**يدار على كون الحد حقًا لله تعالى**) ش: تقديره أن المعنى المبطل للشهادة في التقادم في الحدود الخالصة حقًا لله تعالى ثمة هو الصفة والعداوة ، وذلك أمر باطن لا يطلع عليه ، فيدار مدار الحكم على كون الحد حقًا لله تعالى ، سواء وجد ذلك المعنى في كل فرد أو لا .

كما أدير الرخصة على السفر من غير توقف على وجود المشقة في كل فرد من أفراده م: (**فلا يعتبر وجود التهمة في كل فرد**) ش: من أفراد الحد . حاصله صورة التقادم قائمة مقام التهمة ، سواء ، وجدت التهمة أو لا ، كما في السفر ، وقد ذكرناه .

م: (**ولأن السرقة**) ش: جواب آخر ، وتقديره أن السرقة م: (**تقام على الاستسرار**) ش: لأنها توجد في ظلمة الليالي غالبًا م: (**وعلى غرة**) ش: أي غفلة م: (**عن المالك**) ش: فلا يكون المسروق منه عارفًا بالشهادة حتى يستشهد بالشاهد م: (**فيجب على الشاهد إعلامه**) ش: بشهادته م: (**وبالكتمان يصير فاسقًا آثمًا**) ش: فرد شهادته ، بخلاف حد القذف ، فإن القذف يكون في النهار الشهادة غالبًا ، فيعرف المقذوف الشاهد ويراه ، فإذا لم يعلمه لا يصير فاسقًا .

م: (**ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة في الابتداء**) ش: أي في ابتداء الأمر لا خلاف م: (**يمنع الإقامة**) ش: أي إقامة الحد م: (**بعد القضاء عندنا، خلافاً لزفر**) ش: فقيده لا يمنع وأوضح ذلك بقوله م: (**حتى لو هرب**) ش: أي الزاني م: (**بعدما ضرب بعض الحد، ثم أخذ بعدما تقادم الزمان لا يقام عليه الحد، لأن الإمضاء**) ش: أي الاستيفاء م: (**من القضاء في باب الحدود**) ش: كان الإمضاء تتمة للقضاء، ولهذا كان تفويضاً إلى الإمام.

وهذا لأن القضاء إما أن يكون الإعلام من له الحق بحقه أو لتمكينه من الاستيفاء، وذلك لا يتصور في حقوق الله تعالى فيكون المعتبر في حقوق الله تعالى النيابية بحقيقة الاستيفاء، فكان التقادم قبل الاستيفاء بعد القضاء كالتقادم قبل القضاء.

م: (**واختلفوا**) ش: أي العلماء، م: (**في حد التقادم، وأشار**) ش: أي محمد م: (**في «الجامع**

الله- حتى لو هرب بعدما ضرب بعض الحد ، ثم أخذ بعدما تقادم الزمان لا يقام عليه الحد ، لأن الإمضاء من القضاء في باب الحدود .

واختلفوا في حد التقادم ، وأشار في «الجامع الصغير» إلى ستة أشهر ، فإنه قال : بعد حين، وهكذا أشار الطحاوي -رحمه الله- . وأبو حنيفة -رحمه الله- لم يقدر في ذلك وفوضه إلى رأي القاضي في كل عصر . وعن محمد -رحمه الله- أنه قدره بشهر ، لأن ما دونه عاجل ، وهو

الصغير» إلى ستة أشهر . فإنه قال بعد حين) ش: والحين ستة أشهر . وقال فخر الإسلام : لم يرد به الأمر اللازم م: (وهكذا أشار الطحاوي) ش: أي إلى ستة أشهر ، لأن اسم الحين عند الإطلاق ينصرف إلى ستة أشهر ، كما في مسألة لا أكلمه حينًا .

م: (وأبو حنيفة لم يقدر في ذلك) ش: أي في حد التقادم لم يقدر شيئًا . لأن نصب التقادير بالرأى متعذر ، لأن العقل لا اهتداء له في ذلك م: (وفوضه) ش: أي فوض أبو حنيفة - رحمه الله - حد التقادم م: (إلى رأي القاضي في كل عصر) ش: لما أن التقادم يختلف بالأحوال والأعصار فيفوض إلى رأي القاضي كل عصر .

م: (وعن محمد -رحمه الله- أنه قدره) ش: أي التقادم م: (بشهر ، لأن ما دونه) ش: أي ما دون الشهر م: (عاجل) ش: قال الأترازي - رحمه الله - : إنه أدنى العجال شرعًا ، بدليل أن من حلف ليقضي حق فلان عاجلاً يقع عليه ذلك ما دون الشهر .

وقال الكاكي : وما وجدت هذه الرواية في كتب أصحابنا المشهورة م: (وهو) ش: أن تقدير التقادم بشهر م: (رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف ، وهو الأصح) ش: أي تقدير التقادم بشهر هو الأصح .

ونقل الناطفي في «الأجناس» : عن «نوادر المعلى» قال أبو يوسف : جهدنا على أبي حنيفة رحمه الله - أن يوقت في ذلك شيئًا فأبى .

وقد ذكر في «المجرد» وقال أبو حنيفة : لو سأل القاضي الشهود متى زنى بها ، فقالوا أقل من شهر أقيم الحد ، وإن قالوا : شهرًا أو أكثر [. . .] .

وروي عنه الحد ، قال أبو العباس الناطفي : وقد قدره على هذه الرواية بشهر ، وهو قول أبي يوسف ومحمد - رحمه الله .

م: (وهذا) ش: أي هذا الذي قلنا من تقدير التقادم بشهر م: (إذا لم يكن بينهم) ش: أي بين الشهود م: (وبين القاضي مسيرة شهر ، أما إذا كان) ش: أي بينهم وبين القاضي مسافة شهر (تقبل شهادتهم ، لأن المانع بعدهم عن الإمام ، فلا تتحقق التهمة) ش: لأنهم معذورون م: (والتقادم في حد الشرب كذلك) ش: أي حد التقادم في حد الشرب كذلك بشهر م: (عند محمد -رحمه الله -

رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله- وهو الأصح وهذا إذا لم يكن بين القاضي وبينهم مسيرة شهر ، أما إذا كان تقبل شهادتهم ؛ لأن المانع بعدهم عن الإمام فلا تتحقق التهمة ، والتقادم في حد الشرب كذلك عند محمد -رحمه الله- وعندهما يقدر بزوال الرائحة على ما يأتي في بابه إن شاء الله تعالى ، وإذا شهدوا على رجل أنه زنى بفلانة وفلانة غائبة فإنه يحد ، وإن شهدوا أنه سرق من فلان وهو غائب لم يقطع ، والفرق أن بالغيبة تنعدم الدعوى وهي شرط في السرقة دون الزنا وبالحضور يتوهم دعوى الشبهة ولا معتبر بالموهوم

وعندهما يقدر بزوال الرائحة على ما يأتي في بابه إن شاء الله تعالى) ش: أي في باب حد الشرب .

م: **(وإن شهدوا على رجل أنه زنى بفلانة وفلانة غائبة ، فإنه يحد)** ش: وبه قالت الأئمة الثلاثة على قول أبي حنيفة - رحمه الله - أولاً لا يحد ، وهو القياس ، كذا ذكره أبو الليث في شرحه «للجامع الصغير» ، لأنهما إذا حضرت ربما جاءت الشبهة دارئة للحد ، والحدود تندرئ بالشبهات ، وعلى قول الآخر ، وهو قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - يحد الرجل ، والآن يأتي الكلام وإن شهد فيه .

م: **(وإن شهدوا أنه سرق من فلان وهو غائب لم يقطع والفرق)** ش: أي من المسألتين م: **(أن بالغيبة)** ش: أي بغيبة المرأة التي قالوا أن فلانًا زنى بفلانة م: **(تنعدم الدعوى وهي)** ش: أي الدعوى م: **(شرط في السرقة دون الزنا)** ش: يعني لاشتراط الدعوى في الزنا، ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام رجم ماعزاً بالإقرار بالزنا لغائبة م: **(وبالحضور)** ش: أي وبحضور المرأة الغائبة م: **(يتوهم دعوى الشبهة)** ش: بأن قالت تزوجني ، أو كنت أمته، ولا يعتبر الموهوم جواب سؤال ، وهو أن يقال ينبغي أن لا يحد الرجل ، لأنها لو حضرت ربما يدعي النكاح ، فيصير شبهة ، فأجاب بقوله .

م: **(ولا معتبر بالموهوم)** ش: لأنه يحتمل أن يدعي ، ويحتمل أن لا يدعي ، فعلى تقدير الدعوى تصير شبهة ، وإذا كانت غائبة كان المكاتب الثابت عند غيبتها وجود شبهة الشبهة ، وهو المعنى الموهوم ، والمعتبر الشبهة دون شبهة الشبهة ، لئلا يسد باب إقامة الحد .

فإن قيل : إذا كانت بين الشريكين وأحدهما غائب لا يستوفى القصاص لإجمال العفو عن الغائب .

الجواب : أنه إذا حضر ، ففي سقط القصاص بحقيقة العفو لا بشبه العفو ، فإذا كان غائبًا يكون احتمال العفو شبهة ، فاعتبرت الشبهة فيما نحن فيه إذا حضرت المرأة وادعت النكاح كان شبهة ، فإذا غابت واحتمل الشبهة وذلك شبهة الشبهة ، فلا يعتبر، لأنه وهم .

م: **(وإن شهدوا أنه زنى بامرأة لا يعرفونها لم يحد لاحتمال أنها امرأته أو أمته ، بل هو الظاهر)** ش: أي بل كون المرأة امرأته أو أمته هو الظاهر ، لأن ظاهر حال المسلم أن لا يزنى والشهود لا

وإن شهدوا أنه زنى بامرأة لا يعرفونها لم يحد ؛ لاحتمال أنها امرأته أو أمته ، بل هو الظاهر ،وإن أقر بذلك حد ، لأنه لا يخفى عليه أمته أو امرأته ، وإن شهد اثنان أنه زنى بفلانة فاستكرهها وآخران أنها طاوعته درىء الحد عنهما جميعاً عند أبي حنيفة -رحمه الله- وهو قول زفر -رحمه الله- وقالا : يحد الرجل خاصة لاتفاقهما على الموجب : وتفرد أحدهما بزيادة جناية ، وهو الإكراه بخلاف جانبها ، لأن طواعيتها شرط تحقق الموجب في حقها ، ولم يثبت لاختلافهما ولـه أنه اختلف المشهود عليه

يفصلون بين زوجته وأمته وبين غيرهما إلا بالمعرفة، فلم يعرفوها ، فلم يمكن إقامة الحد بشهادتهم. فلو قال المشهود عليه أن الذي رؤوها معي ليست بامرأتي ولا أمتي لم يحد أيضًا ، لأن الشهادة قد بطلت ، ثم هذه اللفظة ليست بإقرار منه بالزنا ، فلا يحد ، ولو كان الإقرار إقراراً فحد الزنا لا يقام بالإقرار مرة .

م: (**وإن أقر بذلك حد**) ش: أي وإن أقر بالزنا بامرأة لا يعرفها حد م: (**لأنه لا يخفى عليه امرأته أو أمته**) ش: أي لا يخفى عليه امرأته أو أمته عن غيرها ، وليس بمتهم في إقراره على نفسه ، فيحد م: (**وإن شهد اثنان أنه زنى بفلانه فاستكرهها**) ش: باشرها ، أي زنى بها وهي مكرهة م: (**وآخران**) ش: أي شهد آخران م: (**أنها**) ش: أي أن المرأة م: (**طاوعته درئ الحد عنهما جميعًا**) ش: ومعنى درئ دفع ، وهو على صيغة المجهول من الدرء ، وهو الدفع . قال الله تعالى: ﴿**فادرءوا عن أنفسكم الموت**﴾ (آل عمران : الآية ١٦٨) ، أي ادفعوا م: (**عند أبي حنيفة ، وهو قول زفر**) ش: وبه قالت الثلاثة .

م: (**وقالا**) ش: أي أبو يوسف ومحمد - رحمه الله - :م: (**الحد على الرجل خاصة لاتفاقهما على الموجب**) ش: بكسر الجيم ، أي لاتفاق الفريقين ، أعني شاهدي الطواعة وشاهد الإكراه على موجب الحد في حقه ، أي في حق الرجل ، وموجب الحد هو الزنا عن طوع م: (**وتفرد أحدهما**) ش: بجر الدال عطفًا على قوله لاتفاقهما ، أي لتعداد تفرد أحد الفريقين ، أراد بأحد الفريقين شاهدي الإكراه م: (**بزيادة جناية ، وهو الإكراه**) ش: والضمير راجع إلى الزيادة والتذكير بالنظر إلى الخبر م: (**بخلاف جانبها**) ش: أي جانب المرأة م: (**لأن طواعيتها شرط تحقق الموجب في حقها ولم يثبت**) ش: أي شرط تحقق الموجب في حقها وهو طوعها م: (**لاختلافهما**) ش: أي لاختلاف الفريقين ، وفي بعض النسخ لاختلافهم .

م: (**وله**) ش: أي ولأبي حنيفة - رحمه الله - م: (**أنه اختلف المشهود عليه**) ش: قال الكاكي : أي المشهود به . وقد صرح به في «الكافي» .

وفي «الفوائد الجنازية» : أراد بالمشهود عليه المشهود به ، وعلى بمعنى الباء ، كما في قوله تعالى : ﴿ **حقيق على أن لا أقول على الله إلا الحق** ﴾ (الأعراف : الآية ١٠٥) ، أي جدير بأن أقول

لأن الزنا فعل واحد يقوم بهما ، ولأن شاهدي الطواعية صارا قاذفين لهما ، وإنما يسقط الحد عنهما بشهادة شاهدي الإكراه ، لأن زناها مكرهة يسقط إحصانها ، فصارا خصمين في ذلك . وإن شهد اثنان أنه زنى بامرأة بالكوفة وآخران أنه زنى بها بالبصرة درئ الحد عنهما جميعًا ، لأن المشهود به فعل الزنا ، وقد اختلف باختلاف المكان ، ولم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة ولا يحد الشهود خلافاً لزفر -رحمه الله- لشبهة الاتحاد نظراً إلى اتحاد الصورة والمرأة .

وإن اختلفوا في بيت واحد حد الرجل والمرأة

على الله ، ذكره في «التفسير» .

وقال الكاكي : يمكن أن يجري على حقيقته ، لأن المشهود عليه في القتل القدير اثنان . وإن كان واحداً إذ الطائعة غير المكرهة ، ولكن تعليل قوله م: (**لأن الزنا فعل واحد**) ش: حقيقة بأن عنه ظاهرًا ، لأن الزنا فعل واحد م: (**يقوم بهما**) ش: أي بالرجل والمرأة ، وهو فعل حقيقة . وإن كان اثنان حكمًا ، وقد اختلف في جانبها فيكون مختلفًا في جانبه ضرورة .

م: (**ولأن شاهدي الطواعية**) ش: دليل آخر ، وتقريره لأن شاهدي الطواعية م: (**صارا قاذفين لهما**) ش: لعدم نصاب الشهادة ، والقاذف خصم ، ولا شهادة للخصم . وكان ينبغي إقامة الحد على شاهدي الطواعية م: (**وإنما يسقط الحد عنهما بشهادة شاهدي الإكراه ، لأن زناها مكرهة يسقط إحصانها**) ش: لوجود حقيقة الزنا ، لكن لا يأثم بسبب الإكراه م: (**فصارا خصمين في ذلك**) ش: أي صار شاهدي الطواعية بسبب قذفيهما خصمين في شهادتهما .

م: (**وإن شهد اثنان أنه زنى بامرأة بالكوفة وآخران**) ش: أي وشهد اثنان آخران م: (**أنه زنى بها بالبصرة درئ الحد عنهما**) ش: جميعًا م: (**لأن المشهود به فعل الزنا ، وقد اختلف باختلاف المكان ولم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة ، ولا يحد الشهود خلافًا لزفر**) ش: فإن عنده يحد الشهود حد القذف .

وبه قال الشافعي في قول الشهيد الاتحاد هذا دليل لنا لا لزفر ، يريد شبهة اتحاد المشهود به ، تقديره أن الشهادة دائرة به في الحدود بالحديث ، وقد وجدت ، لأنهم شهدوا ، ولهم أهلية كاملة ، ولهم عذر كامل على زنا واحد صورة في زعمهم نظرًا إلى اتحاد صورة النسبة الحاصلة منهم واتحاد المرأة ، وإنما جاء الاختلاف بذكر المكان فثبت م: (**لشبهة الاتحاد**) ش: في المشهور به ، فيندرئ الحد م: (**نظرًا إلى اتحاد الصورة والمرأة**) ش: أي اتحاد صورة نسبة الزنا واتحاد المرأة . قال في «المختلف» : وعلى هذا الخلاف إذا شهد القاذف الفاسق بذلك .

م: (**وإن اختلفوا**) ش: أي الشهود م: (**في بيت واحد حد الرجل والمرأة**) ش: هذا إذا كان البيت صغيرًا ، فاختلفوا وقال اثنان : إنه زنى في هذه الزاوية من البيت، وقال آخرون: إنه زنى في

معناه أن يشهد كل اثنين على الزنا في زاوية . وهذا استحسان . والقياس أن لا يحد لاختلاف المكان حقيقة . وجه الاستحسان أن التوفيق ممكن بأن يكون ابتداء الفعل في زاوية ، والانتهاء في زاوية أخرى بالاضطراب ، أو لأن الواقع في وسط البيت فيحسبه من في المقدم في المقدم ، ومن في المؤخر في المؤخر ، فيشهد بحسب ما عنده . وإن شهد أربعة أنه زنى بامرأة بالنخيلة

الزاوية الأخرى فيه ، وهو معنى قوله م: (**معناه أن يشهد كل اثنين على الزنا في رواية ، وهذا استحسان**) ش: أي حد الرجل والمرأة فيما إذا اختلف الشهود في البيت الصغير م: (**والقياس أن لا يحد**) ش: أي أحدهما ، وهو قول زفر والشافعي ومالك - رحمهم الله - م: (**لاختلاف المكان حقيقة**) ش: فاختلف المشهود به ، وهو الزنا كما في الدارين .

م: (**وجه الاستحسان أن التوفيق ممكن بأن يكون ابتداء الفعل في زاوية والانتهاء**) ش: أي انتهاء الفعل م: (**في زاوية أخرى بالاضطراب**) ش: ينتقلان إلى الزاوية الأخرى ، بخلاف ما إذا كان البيت كبيرًا لا يحتمل التوفيق ، حيث لايقبل شهادتهم ، إذا لم يقبل شهادة الشهود لا يحدون حد القذف للشبهة ، خلافًا لزفر - رحمه الله - م: (**أو لأن الواقع في وسط البيت فيحسبه**) ش: أي يظن الواقع م: (**من في المقدم**) ش: أي من كان في مقدم البيت يظنه م: (**في المقدم ، ومن كان في مؤخر البيت**) ش: يظنه م: (**في المؤخر ، فيشهد كل بحسب ما عنده**) ش: أي بحسب ما ثبت عنده .

فإن قيل : في التوفيق احتيال للإقامة ، وقد أمرنا بالاختيار للدرء .

قلنا : هذا احتيال بقول الشهادة والتوفيق في الحدود مشروع ، والشهادة حجة مجرى تصحيحًا بحسب صحتها مهما أمكن ، ثم إذا قبلت كان من ضرورة قبولها وجوب الحد .

فإن قيل :الاختلاف في هذه المسألة مسكوت عنه ، والاختلاف في المكان في الزاوية منصوص عليه فكيف يقاس ذلك عليه .

قلنا : التوفيق مشروع فيما إذا كان الاختلاف منصوص عليه بأن شهد اثنان بأنه زنى بامرأة بيضاء ، وآخر بامرأة سوداء ، أو شهد اثنان بأن عليها ثوبًا أحمر ، أو آخران بأن عليها ثوبًا أصفر . وكذلك لو اختلفوا في الطول والقصر ، أوفي السمن والهزل ، ولكن هذا يشكل على قول أبي حنيفة في مسألة الإكراه والطواعية ، لما أن التوفيق يمكن بأن يكون لابتداء الفعل بالإكراه وانتهائه بالطوع . كذا في قاضي خان وغيره . أجيب بأن الإكراه أسقط ، سواء كان أول الفعل أو آخره ، لأنه بالنظر إلى الابتداء لا يجب ، وبالنظر إلى الانتهاء يجب ، فلا يجب بالشك .

م: (**وإن شهد أربعة أنه زنى بامرأة بالنخيله**) ش: بضم النون وفتح الخاء المعجمة وسكون الياء آخر الحروف وباللام والهاء اسم موضع قريب من الكوفة . ومن قال بفتح الباء الموحدة وكسر الجيم فقد صحف ، لأن نخيله على وزن فعلية اسم مكان ، حي من اليمن سمي بنخيلة امرأة من

عند طلوع الشمس ، وأربعة أنه زنى بها عند طلوع الشمس بدير هند درئ الحد عنهم جميعاً ، أما عنهما فلأنّا تيقنا بكذب أحد الفريقين من غير عين ، وأما عن الشهود فلاحتمال صدق كل فريق ، وإن شهد أربعة على امرأة بالزنا ، وهي بكر درئ الحد عنهما ، وعنهم ؛ لأن الزنا لا يتحقق مع بقاء البكارة ، ومعنى المسألة أن النساء نظرن إليها ، فقلن : إنها بكر ، وشهادتهن حجة في إسقاط الحد ، وليس بحجة في إيجابه ، فلهذا سقط الحد عنهما ، ولا يجب عليهم . وإن شهد أربعة على رجل بالزنا وهم عميان أو محدودون

ولد عمرو بن الغوث أخي الأزد بن الغوث م: (**عند طلوع الشمس وأربعة**) ش: أي وشهد أربعة أخرى م: (**أنه زنى بها عند طلوع الشمس بدير هند درئ الحد عنهم جميعًا أما عنهما**) ش: أي عن الرجل والمرأة .

م: (**فلأنا تيقنا بكذب أحد الفريقين**) ش: أو من هذا الفريق من غير تعيين أحد الفريقين بعين م: (**من غير عين**) ش: أي أحد الفريقين ، لأنه يحتمل أن يكون الكذب من هذا الفريق من غير تعيين أحدهما ، وأحدهما لا محالة كاذب ، لأنه لا يتصور الزنا في ساعة واحدة من شخص واحد في مكانين متباعدين لكنه لم يتميز الكاذب من الصادق لما ذكرنا ، فلهذا درئ الحد عنهما م: (**وأما عن الشهود**) ش: أي وأما درئ الحد عن الشهود م: (**فلاحتمال صدق كل فريق**) ش: أي لاحتمال كل واحد من الفريقين أن يكونوا هم الصادقون ، وقال زفر - رحمه الله - : لا يسقط حد القذف عن الشهود .

م: (**وإن شهد أربعة على امرأة بالزنا وهي بكر**) ش: أي والحال أنها بكر م: (**درئ الحد عنهما وعنهم**) ش: أي دفع الحد عن الرجل والمرأة ، وبه قال الشافعي وأحمد - رحمه الله . وعند مالك يجب الحد عليها ، لأنه لا يعتبر قول النساء في الحدود عنهما ، أي درئ الشهود أيضًا ، وبه قال الشافعي وأحمد - رحمه الله - م: (**لأن الزنا لا يتحقق مع بقاء البكارة**) ش:

م: (**ومعنى المسألة أن النساء نظرن إليها فقلن : إنها بكر وشهادتهن حجة في إسقاط الحد وليس بحجة في إيجابه**) ش: أي في إيجاب الحد م: (**فلهذا**) ش: أي فلأجل هذا المعنى وهو أن شهادتهن حجة في إسقاط الحد ، وليس بحجة في إيجابه م: (**سقط الحد عنهما**) ش: أي عن الرجل والمرأة م: (**ولا يجب**) ش: أي حد القذف م: (**عليهم**) ش: أي على الشهود وفي «الكافي» للحاكم الشهيد. وكذا إذا خرجت المرأة رتقاء ، وتقبل في الرتقاء والعذراء أو الأشياء التي يعمل فيها بقول النساء قول امرأة واحدة . وفي «الفوائد الظهيرية» وعلى هذا لو شهد بزنا رجل، وهو مجبوب لا يحد هؤلاء الشهود أيضًا ، لأن الحد إنما يجب على القاذف لنفي العار و الشأن عن المقذوف ، وإنه منفي ينتفي عنه لمكان الجب .

م: (**وإن شهد أربعة على رجل بالزنا وهم عميان**) ش: أي والحال أنهم عميان م: (**أو محدودون**)

في قذف أو أحدهم عبد أو محدود في قذف ، فإنهم يحدون ولا يحد المشهود عليه . لأنه لايثبت بشهادتهم المال . فكيف يثبت الحد وهم ليسوا من أهل الشهادة ، والعبد ليس بأهل للتحمل والأداء ، فلم تثبت شبهة الزنا ، لأن الزنا يثبت بالأداء ، وإن شهدوا بذلك وهم فساق أو ظهر أنهم فساق لم يحدوا ؛ ولأن الفاسق من أهل الأداء والتحمل ، وإن كان في أدائه نوع قصور لتهمة الفسق ، ولهذا لو قضى القاضي بشهادة فاسق ينفذ عندنا ويثبت بشهادتهم شبهة الزنا ، وباعتبار قصور في الأداء لتهمة الفسق يثبت شبهة عدم الزنا فلهذا امتنع الحدان ، وسيأتي فيه خلاف الشافعي -رحمه الله- بناء على أصله أن الفاسق ليس من أهل الشهادة ، فهو كالعبد عنده

ش: أي والحال أنهم محدودون م: (**في قذف أو أحدهم**) ش: أي أحد الشهود م: (**عبد أو محدود في قذف فإنهم**) ش: أي فإن الشهود م: (**يحدون ، ولا يحد المشهود عليه ، لأنه لا يثبت بشهادتهم**) ش: أي بشهادة هؤلاء م: (**المال ، فكيف يثبت الحد**) ش: أي فكيف يثبت الحد الذي يندرئ بالشبهة م: (**وهم ليسوا**) ش: أي والحال أنهم ليسوا م: (**من أهل أداء الشهادة ، والعبد ليس بأهل للتحمل**) ش: أي تحمل الشهادة م: (**والأداء**) ش: أي ولا من أهل أداء الشهادة م: (**فلم تثبت شبهة الزنا ، لأن الزنا يثبت بالأداء**) ش: أي يثبت عند القاضي بأداء الشهادة عند عدم الإقرار .

م: (**وإن شهدوا بذلك وهم فساق**) ش: بضم الفاء وتشديد السين جمع فاسق م: (**أو ظهر أنهم فساق**) ش: يعني شهدوا ، فبعد الشهادة ظهر أنهم فساق م: (**لم يحدوا ، لأن الفاسق من أهل التحمل والأداء ، وإن كان في أدائه نوع قصور لتهمة الفسق ، ولهذا**) ش: أي ويكون من أهل التحمل والأداء وإن كان في أدائه نوع قصور لتهمة الفسق .

ولهذا لو قضى القاضي بشهادته ينفذ عندنا ، والدليل على أنه من أهل الأداء قوله تعالى : ﴿ **إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا**﴾ وفائدة الثبت أي تثبتوا ، فلو لم يكن للفاسق شهادة ، يقال فلا تقبلوا ولم يقل ذلك ، بل قال فتبينوا ، وفائدة التثبيت القبول عند ظهور الصدق لرجحانه عند القاضي بالتأمل في الدان ، مثل هذا الفاسق هل يكذب في العادة أم لا ؟ .

وقال الفقيه أبو الليث في «شرح الجامع الصغير» م: (**ولو قضى القاضي بشهادة الفاسق جاز**) ش: يعني م: (**عندنا فيثبت بشهادتهم شبهة الزنا ، وباعتبار قصور في الأداء لتهمة الفسق يثبت بشبهة عدم الزنا**) ش: الفسق جاز ، يعني عندنا الزنا م: (**فلهذا**) ش: أي فلأجل ذلك م: (**يمنع الحدان**) ش: أي حد الزنا على المشهود عليه وحد القذف على المشهود .

م: (**وسيأتي فيه**) ش: أي في حكم هذه المسألة . م: (**خلاف الشافعي - رحمه الله - ، بناء على أصله أن الفاسق ليس من أهل الشهادة فهو كالعبد عنده**) ش: أي الفاسق في شهادته كالعبد عند الشافعي ، ويحد الشهود حد القذف عندنا ، وبه قال أحمد - رحمه الله - في روايته ومالك .

وإن نقص عدد الشهود عن أربعة حدوا ؛ لأنهم قذفة ، إذ لا حسبة عند نقصان العدد وخروج الشهادة عن القذف باعتبارها .

م: (**وإن نقص عدد الشهود عن أربعة حدوا**) ش: هذا لفظ القدوري في «مختصره»، وهو أحد قولي الشافعي - رحمه الله - ، وفي القول الآخر لا حد عليهم .

وقال الكاكي : حدوا ، أي عند طلب المشهود عليه الحد ذكره البزدوي لاختلاف الأئمة فيه لقوله تعالى : ﴿**فإن لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم**﴾ م: (**لأنهم قذفة**) ش: أي لأن الذين نقصوا عن الأربعة قذفة جمعه قاذف ، كسرقة جمع سارق م: (**إذ لا حسبة**) ش: لإقامة الحد م: (**عند نقصان العدد وخروج الشهادة عن القذف باعتبارها**) ش: أي باعتبار الحسبة ، لأن الشاهد مخير بين حسبتين على ما مر في أول الباب .

وهنا لم يوجد حسبة الستر ، فذاك ظاهر ، ولم يوجد حسبة ، إذ الشهادة أيضاً فتعين القذف، فلزم الحد ، ولأن الله تعالى جعل نصاب الشهادة في الزنا أربعة ، فإذا نقص العدد عنها صاروا قذفة فيحدون حد القذف ، لقوله تعالى : ﴿**والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة**﴾ (النور : الآية٤) .

واعلم أن في قول المصنف - رحمه الله - لا يتهم «قذفه» أثراً أخرجه الحاكم في «المستدرك» في (فضائل المغيرة بن شعبة) عن أبي عتاب سهل بن حماد عن أبو كعب عن عبد العزيز بن أبي بكرة . قال : كنا جلوساً عند باب الصغير الذي في المسجد ، أبو بكرة وأخوه نافع وشبل بن معبد فجاء المغيرة بن شعبة يمشي في ظلال المسجد ، والمسجد يومئذ من قصب، والمغيرة يومئذ أمير البصرة أمره عليها عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- فانتهى إلى أبي بكرة يسلم عليه، فقال له أبو بكرة : أيها الأمير ليس لك ذلك ، اجلس في بيتك وابعث إلي من شئت ، فتحدث معه ، قال يا أبا بكرة : ولا بأس ثم دخل المغيرة من باب الأصغر حتى تقدم إلى باب أم جميل امرأة من قيس فدخل عليها فقال أبو بكرة : والله لا أصبر على هذا ، ثم بعث غلاماً له فقال أبو بكرة له : ارق الغرفة وانظر من الكوة ، فذهب فنظر فلم يلبث أن رجع ، فقال : وجدتهما في لحاف واحد ، فقال أبو بكرة للقوم قوموا معي ، فقاموا ، فبدأ أبو بكرة فنظر ثم استرجع . ثم قال لأخيه: انظر فنظر فقال له : ما رأيت ؟ قال الزنا محصناً، ثم قال لهما انظرا ، فنظرا ، فقالا : مثل ذلك ، فقال : أشهد الله عليكم ؟ قالوا : نعم. ثم كتب أبو بكرة إلى أمير المؤمنين عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- بما رأى فبعث عمر أبا موسى الأشعري -رضي الله عنه- أميراً على البصرة وأمره أن يرسل إليه المغيرة ومعه ، أبو بكرة وشهوده . فلما قدم أبو موسى أرسل بالمغيرة وأبي بكرة وشهوده : وقال للمغيرة : ويل لك إن كان مصدوقاً عليك وطوبى لك إن كان مكذوباً عليك ، فلما قدموا على عمر -رضي الله عنه- ، قال لأبي بكرة : هات ما عندك ، قال :

وإن شهد أربعة على رجل بالزنا فضرب بشهادتهم ، ثم وجد أحدهم عبداً أو محدوداً في قذف ، فإنهم يحدون ، لأنهم قذفة إذ الشهود ثلاثة ، وليس عليهم ولا على بيت المال أرش الضرب ، وإن رجم فديته على بيت المال ، وهذا عند أبي حنيفة -رحمه الله- وقالا : أرش الضرب أيضاً على بيت المال .

أشهد أني رأيت الزنا محصناً، ثم تقدم أخوه نافع ، فقال نحو ذلك ، ثم تقدم شبل بن سعد البجلي ، فقال: نحو ذلك ، ثم تقدم زياد فقال له : ما رأيت ؟ قال : رأيتهما في لحاف وسمعت نفساً عالياً ، ولا أدري ما وراء ذلك ، فكبر عمر -رضي الله عنه- وفرح إذ نجا المغيرة وضرب القوم الحد إلا زياد ، انتهى وسكت عنه .

وروى عبد الرزاق عن الثوري عن سليمان التيمي عن أبي عثمان النهدي قال شهد أبو بكرة ونافع وشبل بن معبد على المغيرة : أنهم نظروا إليه كما ينظرون إلى المرود في المكحلة ، فجاء زياد فقال عمر -رضي الله عنه- جاء رجل لا يشهد إلا بالحق ، فقال رأيت مجلساً فسحاً وانتهاراً : فجلدهم عمر الحد .

قال أبو نعيم : هؤلاء الذين شهدوا أخوة لأم اسمها سمية وزياد بن [. . .] كان سمي زياد ابن أهيلة ،انتهى، الانتهار : من النهر وهو النفس العالي .

م: (**وإن شهد أربعة على رجل بالزنا فضرب بشهادتهم**) ش: يعني جلد وكان غيرَ محصن ، فجرحته السياط م: (**ثم وجد أحدهم**) ش: أي أحد الشهود م: (**عبداً أو محدوداً في قذف ، فإنهم يحدون ، لأنهم قذفة إذ الشهود ثلاثة**) ش: لأن الشهود في الزنا إذا كانوا أقل من أربعة يجب عليهم حد القذف لقصور عدم الشهادة .

ويجب الحد على العبد والمحدود ، وكذلك إذا وجد أحد الشهود أعمى م: (**وليس عليهم**) ش: أي على الشهود م: (**ولا على بيت المال أرش الضرب**) ش: ومعرفة الأرش أن يقوم المحدود عبداً سليماً من هذا الأمر ويقوم وبه هذا الأثر ، فينظر أما ينقص بما ينقص به القيمة ، فينقص من الدية مثله .

م: (**وإن رجم**) ش: بأن كان محصناً ، ثم ظهر أحد الشهود ؛ عبداً أو محدوداً في قذف م: (**فديته على بيت المال**) ش: هذا بالاتفاق ، لأن القاضي أخطأ في قضائه للعامة من حيث الضمان في مالهم م: (**وهذا**) ش: أي المذكور من الفصلين م: (**عند أبي حنيفة ، وقالا : أرش الضرب أيضاً على بيت المال**) ش: والحربي إذا قذف مسلماً يجب عليه بالاتفاق ، وحد الخمر لا يجب عليه بالاتفاق ، وحد الزنا والسرقة يجب عند أبي يوسف - رحمه الله - ، ولا يجب عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله- ، والذمي يجب عليه جميع الحدود ، إلا حد الخمر ، وقد مر في باب الوطء الذي يوجب الحد .

قال العبد الضعيف عصمه الله : معناه إن كان جرحه ، وعلى هذا الخلاف إذا مات من الضرب ، وعلى هذا إذا رجع الشهود لا يضمنون عنده ، وعندهما يضمنون . لهما أن الواجب بشهادتهم مطلق الضرب إذ الاحتراز عن الجرح خارج عن الوسع فينتظم الجارح وغيره ، فيضاف إلى شهادتهم فيضمنون بالرجوع ، وعند عدم الرجوع تجب على بيت المال ، لأنه ينتقل فعل الجلاد إلى القاضي ، وهو عامل للمسلمين ، فتجب الغرامة في مالهم ، فصار كالرجم والقصاص . ولأبي حنيفة -رحمه الله- أن الواجب هو الجلد وهو ضرب مؤلم غير جارح ، ولا مهلك

م: (قال) ش: أي المصنف - رحمه الله - م: (معناه) ش: أي معنى كلام محمد في «الجامع الصغير» أرش الضرب أيضاً على بيت المال م: (إن كان جرحه) ش: أي الضرب لأنه إذا لم يخرج لا يجب شيء على أحد .

كذا ذكر السفناقي م: (وعلى هذا الخلاف) ش: أي الخلاف المذكور م: (إذا مات) ش: أي المجلود م: (من الضرب) ش: يجب دية النفس في بيت المال عندهما إذا ظهر بعض الشهود ، عبداً أو محدوداً في قذف أو أعمى . وعند أبي حنيفة - رحمه الله - لا يجب شيء .

م: (وعلى هذا) ش: أي وعلى هذا الخلاف المذكور م: (إذا رجع الشهود) ش: بعد الجرح بالجلد أو الموت والجلد م: (لا يضمنون عنده) ش: أي عند أبي حنيفة - رحمه الله - أصلاً لا ضمان النفس ولا ضمان الأرش م: (وعندهما يضمنون) ش: أرش الجراحة إن لم يمت المجلود والدية إن مات .

م: (لهما) ش: أي أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - م: (أن الواجب بشهادتهم مطلق الضرب) ش: يعني بغير قيد السلامة م: (إذ الاحتراز عن الجرح خارج عن الوسع) ش: أي عن وسع الضارب م: (فينتظم الجارح وغيره) ش: أي يشمل الضرب الجارح وغير الجارح م: (فيضاف) ش: أي الجرح أو الهلاك م: (إلى شهادتهم) ش: أثبتوا الجلد م: (فيضمنون بالرجوع) ش: لأنه ظهر كذبهم في شهادتهم م: (وعند عدم الرجوع يجب) ش: أي الضمان م: (على بيت المال ، لأنه ينتقل فعل الجلاد إلى القاضي) ش: لأنه أخطأ في قضائه . ولا يرجع إلى الشهود لأنهم ما رجعوا ، والقاضي إذا اخطأ في قضائه يجب الضمان على من وقعت منفعته القضاء لأجله ، وقد وقعت المنفعة العامة ، لأن منفعة الحد وهي خلاف العالم عن الفساد يقع للعامة م: (وهو) ش: أي القاضي م: (عامل للمسلمين فتجب الغرامة في مالهم) ش: ومالهم بيت مال المسلمين م: (فصار كالرجم والقصاص) ش: أي قصاص الجرح أو الهلاك بالحد على تقدير عدم رجوع الشهود بأن نظر بعضهم عبداً أو محدوداً كالرجم والقصاص ، يعني في الرجم والقصاص يجب الغرامة في بيت المال ، وكذا في الجرح أو الموت بالجلد .

م: (ولأبي حنيفة -رضي الله عنه- أن الواجب هو الجلد ، وهو ضرب مؤلم غير جارح ولا مهلك)

فلا يقع جارحاً ظاهراً إلا لمعنى في الضارب ، وهو قلة هدايته فاقتصر عليه ، إلا أنه لا يجب عليه الضمان في الصحيح كيلا يمتنع الناس عن الإقامة مخافة الغرامة . وإن شهد أربعة على شهادة أربعة على رجل بالزنا لم يحد ؛ لما فيها من زيادة الشبهة ولا ضرورة إلى تحملها ، فإن جاء الأولون فشهدوا على المعاينة في ذلك المكان لم يحد أيضاً ، معناه شهدوا على ذلك الزنا بعينه ؛ لأن شهادتهم قد ردت من وجه برد شهادة الفروع في عين هذه الحادثة إذ هم قائمون مقامهم في الأمر والتحميل

ش: ألا ترى أن الجلد لا يقام في الحر الشديد أو البرد الشديد ولا على المريض حتى يبرأ كيلا يقع متعلقاً ولا بسوط له ثمرة كيلا يقع جارحاً .

م: **(ولا يقع)** ش: أي الضرب حال كونه م: **(جارحاً ظاهراً إلا لمعنى في الضارب ، وهو قلة هدايته)** ش: في عمله ، أي المعني في الضارب قلة هدايته في عمله وترك احتياطه م: **(فاقتصر عليه)** ش: أي فاقتصر الجرح أو الهلاك على الضارب من غير أن يضاف إلى الشهود أو القاضي ، إلا أنه استثنى من قوله فاقتصر عليه .

وهذا جواب عما يقال لما اقتصر عليه كان ينبغي أن يجب الضمان عليه ، وهو القياس . فأجاب عنه بقوله م: **(إلا أنه لا يجب عليه الضمان في الصحيح)** ش: وهو الاستحسان م: **(كيلا يمتنع الناس عن الإقامة)** ش: أي عن إقامة الحدود م: **(مخافة الغرامة)** ش: أي لأجل الخوف عن الغرامة ، وقيد الصحيح احترازاً عما روي في «مبسوط» فخر الإسلام :

ولو قال قائل : يجب الضمان على الجلاد فله وجه ، لأنه ليس بمأمور بهذا الوجه ، لأنه أمر بضرب مؤلم لا جارح ولا كاسر ولا قابل ، فإذا وجد الضرب على هذه الوجوه فقد وقع فعله متعدياً فيجب عليه الضمان ، والله أعلم .

م: **(وإن شهد أربعة على شهادة أربعة على رجل بالزنا لم يحد)** ش: أي الرجل م: **(لما فيها)** ش: أي في شهادة الفروع م: **(من زيادة الشبهة)** ش: يعني لما فيها من شبهة زاده على الأصل لم يكن فيه ، فإن الكلام إذا تداولته الآلة يمكن فيها زيادة ونقصانم: **(ولا ضرورة إلى تحملها)** ش: أي على تحمل زيادة الشبهة ، لأن الحدود لدرئها لا لإثباتها .

وبه قال الشافعي - رحمه الله - في قول محمد ومالك وأحمد . وقال الشافعي - رحمه الله - في الأصح يقبل إذا كان بشرائط كشهادة الأصول .

م: **(فإن جاء الأولون)** ش: أي الأصول بعدما شهد الفروع م: **(فشهدوا على المعاينة في ذلك المكان)** ش: يريد به ذلك الزنا بعينه م: **(لم يحد أيضاً معناه)** ش: أي معنى قول محمد - رحمه الله - في ذلك المكان م: **(شهدوا على ذلك الزنا بعينه ، لأن شهادتهم)** ش: أي شهادة الأصول م: **(قد ردت من وجه برد شهادة الفروع في عين هذه الحادثة ، إذ هم قائمون مقامهم بالأمر والتحميل)** ش: أي الفروع

ولا يحد الشهود . لأن عددهم متكامل ، وامتناع الحد عن المشهود عليه لنوع شبهة ، وهي كافية لدرء الحد لا لإيجابه . وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا فرجم ، فكلما رجع واحد حد الراجع وحده وغرم ربع الدية ، أما الغرامة فلأنه بقي من يبقى بشهادته ثلاثة أرباع الحق ، فيكون الفائت بشهادة الراجع ربع الحق . وقال الشافعي -رحمه الله- يجب القتل دون المال ، بناء على أصله في شهود القصاص ، وسنبينه في الديات إن شاء الله تعالى . وأما الحد فمذهب علمائنا الثلاثة - رحمهم الله- . وقال زفر -رحمه الله- لا يحد لأنه إن كان الراجع قاذف حي فقد بطل بالموت ، وإن كان قاذف ميت فهو مرجوم بحكم القاضي ، فيورث ذلك شبهة . ولنا أن الشهادة إنما تنقلب قذفاً بالرجوع ، لأن به تفسخ شهادته ، فجعل للحال قذفاً للميت ، وقد انفسخت الحجة فينفسخ ما يبتنى عليه ، وهو القضاء في حقه

قائمون مقام الأصول .

وهذا التعليل تعليل لرد شهادة الأصول ليست لرد شهادة الفروع ، فإن هذا في الحقوق المالية ، فإن ثمة يقبل شهادة الأصول بعد رد شهادة الفروع .

والجواب أن المال يثبت بالشبهة ، بخلاف المحدود م: **(ولا يحد الشهود)** ش: أي الأصول والفروع لا يحدون م: **(لأن عددهم متكامل)** ش: والأهلية أيضاً موجودة م: **(وامتناع الحد عن المشهود عليه لنوع شبهة)** ش: وهي شبهة البدلية الزمان والمكان ، لاحتمال الزيادة والنقصان في الفروع وشبهة الرد في الأصول م: **(وهي كافية لدرء الحد لا لإيجابه)** ش: أي شبهة كافية لإسقاط الحد ، لا لإيجاب الحد ، يعني أن الشبهة ليست لموجبة الحد ، ولكنها مسقطة له . م: **(وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا فرجم)** ش: أي الرجل م: **(فكلما رجع واحد منهم حد الراجع وحده وغرم ربع الدية ، أما الغرامة فلأنه بقي من يبقى بشهادته ثلاثة أرباع الحق ، فيكون الفائت بشهادة الراجع ربع الحق ، وقال الشافعي - رحمه الله - يجب القتل)** ش: أي قتل الراجع م: **(دون المال بناء على أصله)** ش: أي أصل الشافعي - رحمه الله - م: **(في شهود القصاص)** ش: يعني إذا رجعوا بعد القصاص ، فيقتلون عنده ، فكذا هنا إذا رجعوا بعد الرجم يقتلون ، وهو قول الشافعي - رحمه الله - و ابن أبي ليلى وهو قول الحسن البصري أيضاً . م: **(وسنبينه في الديات إن شاء الله تعالى)** ش: قال الأترازي : هذه حوالة ليس لها رواج إن شاء ذكر ذلك العام . م: **(وأما الحد فمذهب علمائنا الثلاثة . وقال زفر - رحمه الله- لا يحد ، لأنه إن كان الراجع قاذف حي ، فقد بطل بالموت ، وإن كان قاذف ميت فهو مرجوم بحكم القاضي فيورث ذلك شبهة)** ش: إشارة إلى كون الميت مرجوماً بحكم القاضي .

م: **(ولنا أن الشهادة إنما تنقلب قذفاً بالرجوع ، لأن به)** ش: أي بالرجوع م: **(تفسخ شهادته فجعل للحال)** ش: أي في الحال م: **(قذفاً للميت ، وقد انفسخت الحجة)** ش: وهي الشهادة م: **(فينفسخ ما يبتنى عليه ، وهو القضاء في حقه)** ش: والضمير في عليه يرجع إلى الحجة على تأويل الكلام قاله

فلا يورث الشبهة ، بخلاف ما إذا قذفه غيره ، لأنه غير محصن في حق غيره ، لقيام القضاء في حقه ، فإن لم يحد المشهود عليه حتى رجع واحد منهم حدوا جميعاً وسقط الحد عن المشهود عليه.وقال محمد -رحمه الله- حد الراجع خاصة ، لأن الشهادة تأكدت بالقضاء ، فلا تنفسخ إلا في حق الراجع ، كما إذا رجع بعد الإمضاء ، ولهما أن الإمضاء من القضاء ، فصار كما إذا

الأترازي - رحمه الله .

وقال أيضاً : وقوله وهو راجع إلى ما هو عبارة عن القضاء والضمير في حقه راجع إلى المراجع ، يعني أن القضاء تفسخ في حق الراجع ، لأن القضاء مبني على الشهادة ، وقد انفسخت شهادة الراجع بالرجوع م: (**فلا يورث الشبهة**) ش: أي كونه وجوباً بانقضاء القاضي لا يورث الشبهة وفي سقوط حق القذف عن الراجع ، لأن القضاء انفسخ في حقه .

م: (**بخلاف ما إذا قذف الميت غير الراجع ، لأنه**) ش: أي لأنه الرجوع م: (**غير محصن في حق غيره**) ش: أي غير الراجع م: (**لقيام القضاء في حقه**) ش: أي في حق الراجع ، فصار لقيام القضاء بشبهة في حقه ، فلم يحد ، فظهر الفرق م: (**فإن لم يحد المشهود عليه حتى رجع واحد منهم حدوا جميعاً**) ش: يعني حد الشهود كلهم .

واعلم أن رجوع الشهود لا يخلو ، إما أن يكون بعد القضاء والإمضاء أو بعد القضاء قبل الإمضاء أو قبل القضاء والإمضاء .

فهذه فصول ثلاثة ، وقد ذكر الفصل الأول وشرع هنا في الفصل الثاني ، وهو ما إذا رجع بعد القضاء والإمضاء ، وهو قوله فإن لم يحد المشهود عليه ، وهو ما إذا رجع بعد القضاء قبل الإمضاء يحدون كلهم م: (**وسقط الحد عن المشهود عليه**) ش: في قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - : في القول الأخر .

م: (**وقال محمد - رحمه الله - حد الراجع خاصة ، لأن الشهادة تأكدت بالقضاء ، فلا تنفسخ إلا في حق الراجع**) ش: لا في حق غيره م: (**كما إذا رجع بعد الإمضاء**) ش: وبه قال أبو يوسف - رحمه الله - أولاً ، وهو قول زفر أيضًا . وقال الشافعي - رحمه الله - في أحد قوليه لا يحد الراجع .

م: (**ولهما**) ش: أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله- م: (**أن الإمضاء من القضاء**) ش: أي أن إمضاء الحد بمنزلة القضاء بدليل أن الإمضاء لا يجوز إلا بمحضر من القاضي ، ولهذا تجعل لإثبات الحادثة في الشهود كالارتداد والفسق والجنون و[. . .] والموت والغيبة ، وهذا بعد القضاء قبل الإمضاء ، كالحادثة قبل القضاء .

فإذا كان الإمضاء في القضاء كالرجوع قبل القضاء فيحدون جميعاً .

وهو معنى قوله م: (**فصار كما إذا رجع واحد منهم قبل القضاء ، ولهذا**) ش: أي ولأجل أن

رجع واحد منهم قبل القضاء ، ولهذا سقط الحد عن المشهود عليه . ولو رجع واحد منهم قبل القضاء حدوا جميعاً . وقال زفر -رحمه الله- : يحد الراجع خاصة ، لأنه لا يصدق على غيره . ولنا أن كلامهم قذف في الأصل ، وإنما يصير شهادة باتصال القضاء به ، فإذا لم يتصل به بقي قذفاً ، فيحدون ، فإن كانوا خمسة فرجع أحدهم فلا شيء عليهم ، لأنه بقي من يبقى بشهادته كل الحق ، وهو شهادة الأربعة ، فإن رجع آخر حد وغرما ربع الدية . أما الحد فلما ذكرنا

الإمضاء من القضاء في باب الحدود م: **(يسقط الحد عن المشهود عليه)** ش: إذا رجع واحد قبل القضاء وقبل الإمضاء كما يسقط إذا رجع قبل القضاء .

م: **(ولو رجع واحد منهم)** ش: هذا هو الفصل الثالث ، وهو ما إذا رجع م: **(قبل القضاء والإمضاء)** ش: أي لو رجع شاهد واحد من الشهود الأربعة قبل القضاء والإمضاء م: **(حدوا جميعاً)** ش: أي يحدون كلهم .

م: **(وقال زفر -رحمه الله- : يحد الراجع خاصة ، لأنه)** ش: أي لأن الراجع م: **(لا يصدق على غيره)** ش: يعني أن رجوعه حجة على نفسه لا غيره باتصال .

م: **(ولنا أن كلامهم قذف في الأصل)** ش: يعني لكونه صريحاً فيه م: **(وإنما يصير شهادة باتصال القضاء به)** ش: أي بكلامه م: **(فإذا لم يتصل به)** ش: أي فإذا لم يتصل القضاء بكلامهم م: **(بقي قذفاً فيحدون)** ش: لقصور عددهم م: **(وإن كانوا خمسة)** ش: هذا عطف على أصل المسألة ، وهو قوله وإذا شهد أربعة بالزنا م: **(فرجع أحدهم)** ش: يعني بعد الرجم ، لأنه وضع المسألة في ذلك م: **(فلا شيء عليهم)** ش: أي لا الحد ولا الدية ، لا على الشهود ولا على الراجع ، وبه قال الشافعي - رحمه الله - في الأصح ومالك وأحمد -رحمهما الله .

وعن مالك لا يجب الدية بالرجوع أصلاً . وقال الشافعي - رحمه الله - في وجه يجب خمس الدية م: **(لأنه بقي من يبقى بشهادته كل الحق ، وهو شهادة الأربعة ، فإن رجع آخر)** ش: أي من الأربعة م: **(حد)** ش: أي الراجع الأول وهو الخامس والراجع الثاني من الأربعةِ م: **(وغرما ربع الدية)** ش: قال الشافعي - رحمه الله - إن قالا تعمدنا الكذب وجب عليهما القود . وإن قال: لا أخطأنا وجب عليهما فسقطهما في الدية وغرما ربع الدية .

م: **(أما الحد فلما ذكرنا)** ش: إشارة إلى قوله ولنا أن الشهادة إنما تقلب قذفاً بالرجوع . وقال الأترازي : **فإن قلت** : حين رجع الواحد من الخمسة لا شيء عليه أصلاً ، فعند ذلك كيف يجب عليه الحد والغرامة برجوع الآخر؟ .

قلت : إنما لم يجب عليه شيء وقت رجوعه لمانع مع وجود السبب ، والمانع بقاء الحجة الكاملة . فلما رجع آخر زال المانع ، فعمل السبب عمله .

وأما الغرامة فلأنه بقي من يبقى بشهادته ثلاثة أرباع الحق ، والمعتبر بقاء من بقي لا رجوع من رجع على ما عرف . وإن شهد أربعة على رجل بالزنا فزكوا فرجم فإذا الشهود مجوس أو عبيد فالدية على المزكين عند أبي حنيفة -رحمه الله- معناه : إذا رجعوا عن التزكية ، وقال أبو يوسف ومحمد -رحمهما الله- هو على بيت المال . وقيل : هذا إذا قالوا :

م: (**وأما الغرامة فلأنه بقي من يبقى بشهادته ثلاثة أرباع الحق ، والمعتبر بقاء من بقي ، لا رجوع من رجع على ما عرف**) ش: أي في كتاب الشهادات .

م: (**وإن شهد أربعة على رجل بالزنا فزكوا**) ش: على صيغة المجهول من التزكية من زكى نفسه إذا مدحه وتزكية الشهود الوصف بكونهم أزكياء م: (**فرجم**) ش: أي الرجل م: (**فإذا الشهود عبيد أو مجوس ، فالدية على المزكين عند أبي حنيفة**) ش: وقال المصنف - رحمه الله - م: (**معناه إذا رجعوا**) ش: أي المزكون م: (**عن التزكية**) ش: .

وقال الأترازي - رحمه الله - : قال صاحب «الهداية» - رحمه الله - : معناه إذا رجعوا عن التزكية ، أي معنى قوله فالدية على المزكين ، قال ويدل على صحة تأويله ما نص عليه الحاكم في «الكافي» إذا شهد الشهود على رجل بالزنا والإحصان ، فزكاهم يعني زعموا أنهم أحرار ورجم ثم وجدوهم عبيداً قال : لا حد على الشهود ، فإن رجع المزكون عن شهادتهم ضمنوا .

قلت : فإن لم يقولوا إنهم أحرار ، وقالوا هم عدول ثم وجدوا عبيداً قال : لا ضمان على المدعين ، وهذا قول أبي حنيفة - رحمه الله - .

وقال أبو يوسف ومحمد -رحمهما الله- ، فإن لم يقولوا إنهم أحرار وقالوا هم عدول ثم وجدوا عبيداً ، قالا : لا ضمان على المزكين ، وإلى ها هنا لفظ الحاكم - رحمه الله - .

وقال الكاكي - رحمه الله : معناه إذا رجعوا عن التزكية بأن قالوا قلنا هم أحرار مسلمون مع علمنا بحالهم أنهم عبيد ، وكذا في نسخ الشروح ، فعلى هذا ينبغي أن لا يذكر في الكتب قوله . وقيل هذا إذا قالوا تعمدنا من غير أن يقال ، وقيل لأن قوله وقيل يقضي أن يكون معنى الرجوع عن التزكية التي توجب الضمان عنده في قول آخر سوى التعمد وليس كذلك .

فإن المزكي إذا قال أخطأت في التزكية لا يضمن بالإجماع ، وإنما الخلاف فيما إذا [قال] : تعمدت ذلك مع علمي بحالهم ، ذكره في «جامع قاضي خان» ، وإليه أشار في «المبسوط» . وقال تاج الشريعة : معناه إذا رجعوا عن التزكية بأن قالوا تعمدنا التزكية مع علمنا أنهم مجوس ، حتى لو قالوا أخطأنا لا يضمنون .

م: (**وقالا**) ش: أي قال أبو يوسف ومحمد -رحمهما الله- م: (**هو على بيت المال**) ش: أي الضمان على بيت المال م: (**وقيل هذا**) ش: عند أبي حنيفة ، أي وجوب الضمان م: (**إذا قالوا**) ش:

تعمدنا التـزكية مع علمنا بحالهم . لهمـا أنهم أثنوا على الشهود خيراً ، فصـار كما إذا أثنوا على المشهود عليه خيراً بأن شهدوا بإحصانه ، وله أن الشـهادة إنما تصير حجة عاملة بالتزكية ، فكانت التزكية في معنى علة العلة ، فيضاف الحكم إليـها ، بخلاف شهود الإحصان لأنه محض الشرط ، ولا فرق بينهمـا إذا شهدوا بلفظة الشهـادة أو أخبروا ، وهذا إذا أخبروا بالحـرية والإسلام، أما إذا قالوا : هم عدول وظهروا عبيداً لا يضمنون ، لأن العبد قد يكون عدلاً

أي المزكون م: (**تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم**) ش: أما إذا قالوا أخطأنا فلا يجب عليهم الضمان . قـال الإمام السغناقي - رحـمـه الله - : في شـرحـه «للجـامع الصـغيـر» : إذا قـالوا علمنا أنهم مجوس ومع هذا زكيناهـم . أما إذا قـالوا أخطأنا ، فـلا يجب عليهـم الضـمـان ، لأنهم يأتون على القاضي والقاضي [. . . .] لا ضمان عليه ، فكذا ها هنا ، وإنما وجب الضمان عليهم إذا تعمدوا لأنهم أظهروا علة التلف .

م: (**لهما**) ش: أي لأبي يوسف[ومحمد] - رحمهـما الله - م: (**أنهم**) ش: أي أن المزكين م: (**أثنوا على الشهود خيرًا**) ش: قيل حيث أثبتوا بذلك شرط الحجة ، وهي العدالة م: (**فصار كما لو أثنوا على المشهود عليه خيراً بأن شهدوا بإحصانه**) ش: فلا يضمنون شيئًا ، وبه قال الثلاثة ، فإذا لم يضمنوا شيئًا وجب الضمان على بيت المال ، وله أي ولأبي حنيفة -رضي الله تعالى عنه- م: (**وله أن الشهادة إنما تصير حجة وعاملة بالتـزكية**) ش: إذ الشـهادة في الحدود لا توجب شيئاً بلا تزكيـة م: (**فكانت التزكية في معنى علة العلة**) ش: لأن التزكية بعمله للعلة ، والعمل للعلة علة العلة ، والحكم يضاف إلى علة العلة ، كما يضاف إلى العلة .

ألا ترى أن حفر البئر لما كان هو الذي لعلة يجعل فقد علة المار للوقوع في البئر ، فيضـاف الحكم إليه عند تعذر إضافته إلى الفعل م: (**فيـضاف الحكم إليـها**) ش: أي إلى علة العلة ، فـصـار المزكون كالشـهود إذا رجعوا م: (**بخـلاف شهـود الإحـصان ، لأنـه محض الشـرط**) ش: حاصله أن الشهادة على الإحصان شرط محض ، وعلامة معرفة الحكم الزنا الصادر بعده وجود الإحصان .

ولا حاجة لثبوت الزنا إلى شهود الإحصان ، لأن الزنا ثبت بشهود الزنا قبل الإحصان ، ولكن لا يثبت الزنا بشهود الإحصان ما لم يزكوا ، فظهر الفرق بين التزكية وشهادة الإحصان .

م: (**ولا فرق بينهما إذا شهدوا بلفظة**) ش: أي المزكون بلفظ م: (**الشهادة أو أخبروا**) ش: بأن قالوا نشهد بأنهم أحرار أو قالوا هم أحرار م: (**وهذا**) ش: أي وجوب الضمان على المزكين على قول أبي حنيفـة - رحـمـه الله - م: (**إذا أخبـروا بالحريـة والإسلام**) ش: أي فيمـا إذا أخبـروا بحرية الشهـود وإسلامهم ، ثم ظهر الشهود مجوساً أو عبيداً .

م: (**أما إذا قالوا هم عدول وظـهروا عبيداً لا يضمنون ، لأن العـبد قد يكون عدلاً**) ش: أيضاً بتركه محظور دينه . واعلم أن زكاة المزكي شرط عند أبي حنيفة ، خلافاً لهما ، ذكره في «المختلف» ،

ولا ضمان على الشهود ، لأنه لم يقع كلامهم شهادة ، ولا يحدون حد القذف ، لأنهم قذفوا حياً وقد مات ، فلا يورث عنه وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا فأمر القاضي برجمه فضرب رجل عنقه ثم وجد الشهود عبيداً ، فعلى القاتل الدية . وفي القياس يجب القصاص ، لأنه قتل نفساً معصومة بغير حق . وجه الاستحسان أن القضاء صحيح ظاهراً وقت القتل ، فأورث شبهة ، بخلاف ما إذا قتله قبل القضاء ، لأن الشهادة لم تصر حجة بعد ، ولأنه ظنه مباح الدم معتمداً على دليل مبيح ، فصار كما إذا ظنه حربياً ، وعليه علامتهم .

ولا يشترط العدد في المزكي عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله -، خلافاً لمحمد - رحمه الله - ويشترط الإتيان في سائر الحقوق والأربعة في الزنا، ويجوز شهادة رجل وامرأتين على الإحصان .

كذا قال الحاكم م: (**ولا ضمان على الشهود**) ش: لأنه يقع كلامهم بشهادة فيه ، نظراً لما تقدم أن كلام كل منهم يصير شهادة باتصال القضاء ، وقد اتصل به القضاء ، فما وجه قوله م: (**لأنه لم يقع كلامهم شهادة**) ش: والجواب إذ القضاء لما أظهر خطأه بيقين ، صار كأن لم يكن ، فلا يتصل القضاء بكلامهم ، فلا يصير شهادة . م: (**ولا يحدون**) ش: أي الشهود م: (**حد القذف ، لأنهم قذفوا حياً ، وقد مات فلا يورث عنه**) ش: أي لا يورث حد القذف عن الميت ، لا يقال لم يجعل قذفاً للميت للرجال بطريق الانقلاب كما في صورة الرجوع عن الشهادة ، لأنا نقول عليه الانقلاب للرجوع عن الشهادة . فالجواب فلم يوجد .

فإن قيل : لم لا يكون ظهورهم عبيداً أو مجوساً علة للانقلاب كالرجوع إن انقلاب صيرورة الشهادة قذفاً وكلامهم لم يقع شهادة .

م: (**وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا فأمر القاضي برجمه فضرب رجل عنقه ثم وجد الشهود عبيداً فعلى القاتل الدية**) ش: في ماله م: (**وفي القياس يجب القصاص ، لأنه قتل نفسًا معصومة بغير حق . وجه الاستحسان أن القضاء صحيح ظاهراً وقت القتل ، فأورث شبهة**) ش: كنكاح الفاسد يكون شبهة أسواط الحد .

م: (**بخلاف ما إذا قتله قبل القضاء**) ش: حيث يجب القضاء لعدم الشبهة لأن القضاء هو المورث للشبهة لم يوجد ، أشار إليه بقوله م: (**لأن الشهادة لم تصر حجة بعد ، ولأنه ظنه**) ش: عطف على قوله أن القضاء صحيح ظاهر وقت القتل ، أي ظن الذي قتله م: (**مباح الدم معتمداً على دليل مبيح ، فصار كما إذا ظنه حربياً وعليه علامتهم**) ش: أي كما إذا ظن المسلم والغازي أو الشخص حربياً ، وعليه علامتهم ، أي علامة أهل الحرب ، فقتله عمداً ، ثم ظهر أن المقتول ليس بحربي لا يجب القصاص بشبهة ظنه مباح الدم .

ويجب الدية في ماله ، لأنه عمد ، والعواقل لا تعقل العمد ، ويجب ذلك في ثلاث سنين ، لأنه وجب بنفس القتل ، وإن رجم ثم وجدوا عبيداً فالدية على بيت المال ، لأنه امتثل أمر الإمام فنقل فعله إليه ، ولو باشره بنفسه يجب الدية في بيت المال لما ذكرنا ، وكذا هذا بخلاف ما إذا ضرب عنقه ، لأنه لم يأتمر بأمره . وإذا شهدوا على رجل بالزنا ، وقالوا: تعمدنا النظر قبلت شهادتهم ، لأنه يباح النظر لهم ضرورة تحمل الشهادة فأشبه الطبيب والقابلة .

م: (ويجب الدية في ماله ، لأنه عمد والعواقل) ش: الجمع جمع عاقلة م: (لا تعقل العمد ، ويجب ذلك في ثلاث سنين ، لأنه وجب بنفس القتل) ش: لا بالإقرار ، وكل شيء يجب بنفس القتل تكون الدية في ثلاث سنين .

م: (وإن رجم) ش: على بناء الفاعل معطوف على قوله فضرب عنقه ، أي وإن رجم ذلك الرجل المذكور المشهود عليه بالزنا بعد قضاء القاضي بالرجم وفي لفظ « المبسوط » الرجم بالحجارة. ولفظ صاحب «الوجيز» : وإن كان هذا الرجل قتله رجماً م: (ثم وجدوا) ش: أي الشهود م: (عبيداً فالدية على بيت المال ، لأنه امتثل أمر الإمام فينقل فعله إليه) ش: أي نقل فعل هذا الذي رجعه إلى الإمام م: (ولو باشره) ش: الإمام الرجم م: (بنفسه يجب الدية في بيت المال لما ذكرنا) ش: عند قوله فيما مضى قبل ، وزفه بقوله لأنه انتقل فعل الجلاد القاضي وهو عامل للمسلمين ، فيجب الغرامة في مالهم .

م: (وكذا هذا) ش: أي كذا حكم هذا ، وأشار به إلى فعل الرجم م: (بخلاف ما إذا ضرب عنقه، لأنه لم يأتمر بأمره) ش: أي أمر الإمام ، لأنه أمر بالرجم دون القتل ، فلم ينتقل فعله إليه . م: (وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا وقالوا تعمدنا النظر) ش: أي إلى فرج الزاني والزانية م: (قبلت شهادتهم) ش: وبه قال الشافعي في المنصوص ومالك وأحمد -رحمهما الله- ، ولو قالوا تعمدنا النظر للتلذذ لا يقبل إجماعاً .

وفي «جامع السرخسي» قال بعض العلماء : لا تقبل شهادتهم ، وبه قال الإصطخري من أصحاب الشافعي - رحمه الله - لإقرارهم [. . . .] على أنفسهم ، إذ النظر إلى عورة الغير فسق م: (لأنه يباح النظر لهم ضرورة تحمل الشهادة) ش: لأنهم كلفوا على إقامة الشهادة على أنهم رأوه كالميل في المكحلة ، والرشاء في البئر ، والقلم في المحبرة .

م: (فأشبه الطبيب والقابلة) ش: أي أشبه نظر شهود الزنا إلى فرج الزانية لضرورة في ذلك ، كما ينظر الطبيب والقابلة إلى الفرج ، وهذا لأن الطبيب يجوز أن ينظر موضع العورة لضرورة المداواة ، وقال في «خلاصة الفتاوى» : لا يجوز النظر إلى العورة إلا عند الضرورة . وهي الاحتقان والحيان والمداواة والولادة والبكارة في البالغة والرد بالعيب ، والمرأة في حق المرأة أولى ، وإن لم يوجد ستر ما وراء موضع الضرورة .

وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا فأنكر الإحصان وله امرأة قد ولدت منه فإنه يرجم ، معناه أن ينكر الدخول بعد وجود سائر الشرائط ، لأن الحكم بثبات النسب منه حكم بالدخول عليه ، ولهذا لو طلقها يعقب الرجعة والإحصان يثبت بمثله . فإن لم تكن ولدت منه وشهد عليه بالإحصان رجل وامرأتان رجم ، خلافاً لزفر -رحمه الله- والشافعي -رحمه الله- . فالشافعي - رحمه الله- مر على أصله أن شهادتهن غير مقبولة في غير الأموال ، وزفر -رحمه الله- يقول : إنه شرط في معنى العلة ، لأن الجناية تتغلظ عنده ، فيضاف الحكم إليه ، فأشبه حقيقة العلة ، فلا تقبل شهادة النساء فيه احتيالاً للدرء ، فصار كما إذا شهد ذميان على ذمي زنى عبده المسلم أنه أعتقه قبل الزنا ، فلا تقبل لما ذكرنا .

م: **(وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا فأنكر الإحصان وله امرأة قد ولدت منه فإنه يرجم . معناه أن ينكر الدخول بعد وجود سائر الشرائط)** ش: أي شرائط الإحصان م: **(لأن الحكم بثبات النسب منه حكم بالدخول عليه)** ش: أي على الرجل م: **(ولهذا)** ش: أي ولأجل الحكم بالدخول عليه م: **(لو طلقها يعقب الرجعة)** ش: أي الطلاق تعقب الرجعة له أن يراجعها بعد الطلاق ، والطلاق قبل الدخول لا يعقب الرجعة م: **(والإحصان يثبت بمثله)** ش: أي بمثل هذا الدليل الذي دل ظاهراً ، وفيه شبهة .

م: **(فإن لم يكن ولدت منه وشهد عليه بالإحصان رجل وامرأتان رجم ، خلافاً لزفر والشافعي)** ش: ومالك وأحمد -رحمهم الله تعالى- م: **(فالشافعي -رحمه الله- مر على أصله أن شهادتهن غير مقبولة في غير الأموال ، وزفر يقول إنه)** ش: أي الإحصان م: **(شرط في معنى العلة)** ش: **فلا تقبل شهادة النساء فيه ، لأن شهادة النساء لا مدخل لها في باب الحدود** م: **(لأن الجناية تتغلظ عنده)** ش: بيانه أن علة حد الزنا هو الزنا ، لكنه يتغلظ عند وجود الإحصان . ولهذا يجب الرجل الذمي هو أقطع العقوبات فكان الإحصان شرطاً في معنى العلة ، فلا تقبل شهادتهن على علة الحكم ، فلا تقبل أيضاً على شرطه وهو الإحصان، لأنه في معناها لتغلظ الجناية عنده ، وهو معنى قوله لأن الجناية تتغلظ عنده ، أي عند زفر أيضاً م: **(فيضاف الحكم إليه)** ش: أي إلى الإحصان م: **(فأشبه حقيقة العلة)** ش: قال الأكمل : ترتب على ذلك أمران :

أحدهما : ما ذكره في الكتاب ، وهو قوله : م: **(فلا تقبل شهادة النساء فيه)** ش: حفياً لا للدرء أي لدفع الحد .

والثاني : أن شهود الإحصان إذا رجعوا بعد الرجم يضمنون عنده ، لأن شهود العلة يضمنون بالرجوع بالاتفاق .

م: **(فصار كما إذا شهد ذميان على ذمي زنى عبده المسلم أنه أعتقه قبل الزنا فلا تقبل)** ش: يعني أن الزاني لو كان مملوكاً لذمي ، وهو مسلم فشهد شاهدان ذميان أنه ، أي أن مولاه الذي أعتقه قبل الزنا لم يرجم م: **(لما ذكرنا)** ش: أي لأن الإحصان شرط في معنى بعلة .

ولنا أن الإحصان عبارة عن الخصال الحميدة ، وأنها مانعة من الزنا على ما ذكرنا، فلا يكون في معنى العلة ، وصار كما إذا شهدوا به في غير هذه الحالة ، بخلاف ما ذكر ، لأن العتق يثبت بشهادتهما ، وإنما لا يثبت بسبق التاريخ ، لأنه ينكره المسلم أو يتضرر به المسلم ، فإن رجع شهود الإحصان لا يضمنون عندنا ، خلافاً لزفر -رحمه الله- وهو فرع ما تقدم

م: (**ولنا أن الإحصان عبارة عن الخصال الحميدة**) ش: بعضها ليس في موضع كالحرية والعقل وبعضها فرض عليه كالإسلام ، وبعضها مندوب إليه كالنكاح الصحيح والدخول بالمنكوحة م: (**وإنها**) ش: أي وإن الخصال الحميدة م: (**مانعة من الزنا ، فلا تكون في معنى العلة ، وهذا كما إذا شهدوا به**) ش: أي بالإحصان م: (**في غير هذه الحالة**) ش: أراد بهذه الحالة ما بعد الزنا . قال الأكمل رحمه الله : يعني لو شهد رجل وامرأتان أن فلاناً تزوج هذه المرأة ودخل بها قبلت شهادتهم ، فكذلك ها هنا .

م: (**بخلاف ما ذكر**) ش: أي بخلاف ما ذكر زفر - رحمه الله - بشهادة الذمية على ذمي أنه أعتق عبده قبل الزنا م: (**لأن العتق يثبت بشهادتهما**) ش: أي بشهادة الذميين م: (**وإنما لا يثبت بسبق التاريخ**) ش: يعني يثبت العتق ، لكن لا يثبت سابقاً على الزنا م: (**لأنه ينكره المسلم**) ش: أي لأن سبق التاريخ ينكر المسلم لا يثبت شهادة الكافر بل الذمية ، ولأن المسلم يتصور سبق التاريخ من حيث تغليظ العقوبة عليه ، فلا يجوزأن يتضرر المسلم بشهادة الكفار . كذا في «المبسوط» ، وهو معنى قوله م: (**أو يتضرر به المسلم**) ش: أما شهادة النساء في غير الحدود مقبولة وإن تضرر به المسلم .

م: (**فإن رجع شهود الإحصان لا يضمنون عندنا ، خلافاً لزفر -رحمه الله-**) ش: والشافعي - رحمه الله - في ضمان شهود الإحصان ثلاثة أوجه :

أحدها : لا ضمان عليهم ، وهو قولنا .

والثاني : يحنث [. . .] ، وهو قول زفر - رحمه الله .

والثالث : إذا رجعوا مع الشهود على الزنا إن شهدوا بالإحصان قبل ثبوت الزنا لم يضمنوا ، وإن شهدوا بعد ثبوت الزنا ضمنوا . وفي قدر ما يضمنون من الدية وجهان . وجه : يضمنون بضمان الدية ، الثاني : ثلث الدية ، كذا في «الحلية» .

م: (**وهو فرع ما تقدم**) ش: أي عدم الضمان عليه شهود الإحصان عندنا إذا رجعوا ووجوب الضمان عند زفر - رحمه الله - بيان على ما قلنا إنه في معنى العلة عنده ، وشرط محصن عندنا لا يتعلق به الوجود ، بل هو علامة معرفة حكم الزنا الصادر بعد .

فروع : وفي الإحصان يكفي الشهود أن يقولوا أدخل بها زوجها . وقال محمد - رحمه

....

الله - لا بد أن يقولوا جامعها أو باضعها ، كذا في التأمل .

وكذا لو أنكر الإحصان بعد ثبوت الزنا فشهد أنه تزوج بامرأة ودخل بها ثبت إحصانه حتى يرجم ، كما لو قال وطئها أو جامعها عند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله- ، وبه قالت الثلاثة . وقال محمد : لا يثبت إحصانه فلا يرجم ، كما لو شهد أنه أقر بها أو أتاها .

ولو شهد أربعة أنه زنى بامرأة وأربعة أخرى مرة أخرى فرجم ورجع الفريقان ضمنوا ديته بالإجماع وحدوا للقذف عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وبه قال أحمد : وقال محمد - رحمه الله : لا يحدون ، وبه قال الشافعي - رحمه الله - .

ولو شهدوا على الزنا وأقر مرة به حد عند محمد - رحمه الله - ، وبه قالت الأئمة الثلاثة ، لأن البينة وقعت معتبرة ، فلا تبطل بالإقرار ، وعند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - لا يحد ، وهو الأصح .

وإذا أقر أربع مرات لا يحد عندنا ، خلافاً للشافعي ومالك وأحمد -رحمهما الله- ، فإن عندهم يحد القاضي إذا أمر بالرجم أو بالجلد هل يسعى مع ممن لم يعاين الشهادة أو سبب وجوب الرجم أو الجلد . فعند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله- يسعى ، وعند محمد لا يسعى لمن لم يشاءها ، وأفتى فقهاؤنا وراءهم بقول محمد - رحمه الله - لعلة الفساد على القضاء ، فلا يؤمنون على الخصوص في الحدود التي تندرئ بالشبهات ، وقد فصل بعض المشايخ في ذلك ، فقال القضاة أربعة :

عالم عادل ، وهذا واجب الطاعة ، فيجب الائتمار .

وعادل : وهذا يسأل عن كيفية ثبوت ما ثبت عنده ، فإذا أخبر بما يوافق الشرع قبل قوله وعمل به .

وظالم عالم . وظالم جاهل . وهذان لا يقبل قولهما ، ولا يلتفت إليهما .

وقيل يسأل الثالث عن ثبوت الحكم عنده ، فإن وافق مقتضى عمله عمل به ، وإن ظهر فيه أنه ظلمه ترك .

* * *

باب حد الشرب

ومن شرب الخمر فأخذ وريحها موجودة أو جاءوا به سكران ، فشهد الشهود عليه بذلك ، فعليه الحد ، وكذلك إذا أقر وريحها موجودة ، لأن جناية الشرب قد ظهرت ولم يتقادم العهد . والأصل فيه قوله عليه السلام: ومن شرب الخمر فاجلدوه ، فإن عاد فاجلدوه .

م: **(باب حد الشرب)**

ش: أي هذا باب في بيان حكم حد الشرب . قدم حد الزنا على الشرب لما أن دعاء الطبع إلى الزنا أكثر عند فرط الشبق ، ولهذا ضربه أشد من ضرب الشرب . وفي الزنا قتل النفس، وفي شرب الخمر فوات العقل . وكأن العقل كالتابع للنفس ، وأخرج القذف عن حد الشرب لأن الجريمة في الشارب دون القاذف ، لأنه يحتمل أنه صدق في القذف بأن كان المقذوف زانياً ، ولهذا كان حد القذف أحق من الجميع ، وتأخير حد السرقة لما أنه شرع لصيانة الأموال ، والمال تبع .

م: (ومن شرب الخمر **فأخذ وريحها موجودة**) ش: أي والحال أن ريح الخمر موجودة في فيه م: **(أو جاءوا به سكران)** ش: أي جاءوا به إلى مجلس القاضي حال كونه سكران م: **(فشهد الشهود عليه بذلك)** ش: أي بشرب الخمر م: **(فعليه الحد ، وكذا إذا أقر)** ش: أن يشرب الخمر م: **(وريحها موجودة)** ش: أي والحال أن ريحها موجودة في فيه ، ذكره حين الريح بالتأنيث . لأن الريح من الأسماء المذكرة السماعة م: **(لأن جناية الشرب قد ظهرت ولم يتقادم العهد)** ش: أي والحال أن العهد لم يتقادم في الحدود إلا في حد القذف مانع عن قبول الشهادة بالاتفاق على ما يأتي الآن .

م: **(والأصل فيه)** ش: أي في هذا الباب م: **(قوله عليه الصلاة والسلام[1])** ش: أي قول النبي ﷺ م: **(ومن شرب الخمر فاجلدوه ، فإن عاد فاجلدوه)** ش: هذا الحديث رواه جماعة من الصحابة - رضي الله عنهم- عن أبي هريرة - رضي الله عنه - ، أخرج حديثه أصحاب السنن إلا الترمذي عن أبي سلمة عنه قال ، قال رسول الله ﷺ: «**إذا سكر فاجلدوه ، ثم إن سكر فاجلدوه ثم إن سكر فاجلدوه فإن عاد الرابعة فاقتلوه** » ، ورواه ابن حبان - رحمه الله - في «صحيحه» ، وقال معناه إذا استحل ولم يقبل التحريم ، ورواه الحاكم في «المستدرك» وقال : صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه .

وعن معاوية -رضي الله عنه- أخرجوه إلا النسائي عن أبي صالح عنه قال : قال رسول الله ﷺ : « من شرب الخمر فاجلدوه[2]» . الحديث . وعن ابن عمر -رضي الله عنهما- أخرج حديثه أبو داود قال : قال رسول الله ﷺ نحوه ، وقال في الخامسة : « إن شربها فاقتلوه[3]» ،

---

(١) أبو داود [٤٤٨٤] ، وابن ماجة [٢٥٧٢] ، والحاكم [٤/ ٣٧١] ، والنسائي [٥٢٣٣] .

(٢) أبو داود [٤٤٨٢] ، وابن ماجة [٢٥٧٣] ، والترمذي [١٤٨٤] ، والحاكم [٤/ ٣٧٢] .

(٣) أبو داود [٤٤٨٣] ، والنسائي [٥٢٣٢] ، والحاكم [٤/ ٣٧١] .

فإن أقر بعد ذهاب رائحتها لم يحد عند أبي حنيفة -رحمه الله- وأبي يوسف - رحمه الله. وقال محمد -رحمه الله - : يحد ، وكذلك إذا شهدوا عليه بعدما ذهب ريحها عند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهم الله- . وقال محمد -رحمه الله- يحد ، فالتقادم يمنع قبول الشهادة بالاتفاق ، غير أنه مقدر بزمان عنده اعتباراً بحد الزنا ، وهذا لأن التأخير يتحقق بمضي الزمان ، والرائحة قد تكون من غيره كما قيل شعر:

يقولون لي إنكه شربت مدامة فقلت لهم لا ، بل أكلت السفرجلا

وعن قبيصة بن ذؤيب أخرج حديثه أبو داود عنه أن النبي ﷺ قال : من شرب الخمر فاجلدوه ، فإن عاد فاجلدوه ، فإن عاد فاجلدوه ، فإن عاد في الثالثة أو الرابعة فاقتلوه ، فأتي برجل قد شرب فجلده ، ثم أتي به فجلده ، ثم أتي به فجلده، ورفع القتل[1] ، وكانت رخصة، وفي صحبة قبيصة خلاف .

وعن جابر أخرج حديثه النسائي مرفوعاً : « من شرب الخمر فاجلدوه»[2] . إلى آخره وعن عبد الله بن عمر وأخرج حديثه الحاكم في المستدرك مرفوعاً نحوه[3] . وعن جرير أخرج حديثه الحاكم أيضاً مرفوعاً نحوه[4] . وعن ابن مسعود -رضي الله عنه- أخرج حديثه الطبراني في «معجمه »[5] .

م: **(فإن أقر بعد ذهاب رائحتها لم يحد عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمه الله - . وقال محمد رحمه الله - يحد)** ش: وبه قالت الثلاثة م: **(وكذلك إذا شهدوا عليه بعدما ذهب ريحها عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد - رحمه الله - يحد ، فالتقادم يمنع قبول الشهادة بالاتفاق ، غير أنه مقدر بالزمان عنده)** ش: أي عند محمد - رحمه الله - م: **(اعتباراً بحد الزنا)** ش: فقدر بشهر ، لأن ما دونه قريب . م: **(وهذا)** ش: بمعنى تقدير الزمان م: **(لأن التأخير يتحقق بمضي الزمان)** ش: ولا بد من تقدير زمان، أما إن ذلك بستة أشهر أو شهر واحد ، فعلم في موضع آخر .

م: **(والرائحة قد تكون من غيره)** ش: أي من غير شرب الخمر ؛ م:**(كما قيل شعر:**

يقولون لي إنكه شربت مدامة فقلت لهم لا ، بل أكلت السفرجلا)

---

(١) أبو داود [٤٤٨٥] .

(٢) قال الهيثمي : رواه الترمذي غير قوله فكان ناسخًا للقتل مجمع الزوائد (٦/ ٢٧٨) .

(٣) الحاكم في المستدرك [٤/ ٣٧٢] ، وقال الهيثمي : رواه الطبراني في الثلاثة ، ورجال هذا الطريق رجال الصحيح . مجمع الزوائد (٦/ ٢٧٨).

(٤) الحاكم في المستدرك (٤/ ٣٧١) . وسكت عنه الذهبي في التلخيص .

(٥) الحاكم في المستدرك (٤/ ٣٧١) ، وقال الهيثمي : رواه الطبراني في الثلاثة ، وفيه : داود بن يزيد الأودي وهو ضعيف. مجمع الزوائد (٦/ ٢٧٧).

وعندهما يقدر بزوال الرائحة ، لقول ابن مسعود -رضي الله عنه- فيه فإن وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه

ش: يروى الثبت بكلمة قد شربت ، وهي رواية المطرزي في «المغرب» ، وبدونها وهي رواية الفقهاء ، فعلى الأول تسقط همزة الوصل من إنكه في اللفظ ، وعن الثاني تحرك بالكسر بضرورة الشعر ، ولا تسقط . ويجوز تحريك همزة الوصل في الجود والإنصاب .

قوله إنكه بكسر الهمزة وسكون النون وفتح الكاف وسكون الهاء ، هو أمر من نكه ينكه بأمره بأن ينكه ليعلم أنه شارب هو أو غير شارب ، وأصله من النكهة ، وهي ريح الفم ، ونكهته إذا قسمت شممت يحد .

قال الجوهري : واستنكه الرجل نكهة في وجهين نكه ينكه نكهاً إذا أمره أن ينكه ليعلم أنه شارب أو غير شارب ، وكلامه يدل على أنه يأتي من باب منع يمنع ، ومن باب ضرب ، وهو يتعدى ولا يتعدى ، والمدامة اسم من أسماء الخمر . وقال الأترازي : والمدامة بمعنى المدام ، وهو الخمر .

قلت : لا يحتاج أن يقال بمعنى الخمر ، لأن كليهما من أسماء الخمر .

م: (وعندهما) ش: أي وعند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله - م: (يقدر) ش: أي التقادم م: (**بزوال الرائحة لقول ابن مسعود -رضي الله عنه - فيه ، فإن وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه**) ش: هذا عن عبد الله بن مسعود -رضي الله عنه- غريب بهذا اللفظ .

وروى عبد الرزاق[1] في «مصنفه» ففعلوا ثم عاد به من الغد ودعى بسوط ثم أمر بثمرته فدقت بين حجرين حتى صارت درة ، ثم قال : للجلاد اجلد وارفع يدك وأعط كل عضو حقه . وعن عبد الله بن مسعود - رضي الله عنه - أنه أتى بسكران قال : ترتروه واستنكهوه ومزمزوه ، ففعلوا ثم عاد به من العدو ودعا بسوط ثم أمر بخرقة فدقت بين حجرين حتى صارت درة ، ثم قال للجلاد : اجلد وارفع يدك وأعط كل عضو حقه .

قوله : ترتروه أمر من الترترة بتاءين مثناتين من فوق ، وهي التحريك ، وكذلك مزمزوه أمر من المزمزة بزاءين معجمتين ، قال : صاحب « المغرب » : الترترة التلتلة ، والمزمزة التحريك الشديد . قوله استنكهوه ، أمر من الاستنكاه ، وهو طلب النكهة ، وهي رائحة الفم ، وقد مر الكلام فيه آنفاً .

وقال أبو عبيد - رحمه الله - أنكر بعض أهل العلم هذا الحديث ، لأن الأصل في الحدود إذا جاء صاحبها مقراً بها الرد والإعراض ، وعدم التقصي احتمال للدرء كما فعل رسول الله ﷺ

---

(١) عبد الرزاق في مصنفه [٧/ ٣٧١] حديث رقم (١٣٥١٩) .

ولأن قيام الأثر من أقوى دلالة على القرب ، وإنما يصار إلى التقدير بالزمان عند تعذر اعتباره ، والتميز بين الروائح ممكن للمستدل ، وإنما يشتبه على الجهال ، وأما الإقرار فالتقادم لا يبطله عند محمد -رحمه الله- كما في حد الزنا على ما مر تقريره ، وعندهما لا يقام الحد إلا عند قيام الرائحة ، لأن حد الشرب ثبت بإجماع الصحابة -رضي الله عنهم- ، ولا إجماع إلا برأي ابن مسعود -رضي الله عنه-وقد شرط قيام الرائحة على ما روينا

حتى أقر ماعز . فكيف يأمر ابن مسعود -رضي الله عنه- بالتثلثة والترترة والاستنكاه ، حتى يظهر سكره . فلو صح فتأويله أنه جاء رجل مولع بالشرب مدمن ، فاستجازه كذلك ، انتهى .

قلت: ليس في حديث ابن مسعود - رضي الله عنه- أنه أتي به وهو مقر حتى يضعف هذا بذاك ، وإنما أتى به وهو سكران ، فقال : ترتروه إلى آخره ليعلم أنه سكران أم لا؟ .

م: (**ولأن قيام الأثر**) ش: أي أثر الخمر م: (**من أقوى دلالة على القرب**) ش: أي على قرب العهد م: (**وإنما يصار إلى التقدير بالزمان عند تعذر اعتباره**) ش: أي اعتبار الأثر م: (**والتميز بين الروائح ممكن للمستدل**) ش: هذا جواب عن قوله والرائحة قد تكون من غيره م: (**وإنما يشتبه**) ش: أي الأثر م: (**على الجهال**) ش: بضم الجيم وتشديد الهاء جمع جاهل ، وأراد بالجهال الذين لا يميزون الروائح م: (**وأما الإقرار فالتقادم لا يبطله عند محمد كما في حد الزنا على ما مر تقريره**) ش: أن الإنسان لا يكون متهماً بالنسبة إلى نفسه .

م: (**وعندهما**) ش: أي عند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله- م: (**لا يقام الحد إلا عند قيام الرائحة . لأن حد الشرب ثبت بإجماع الصحابة ، ولا إجماع إلا برأي ابن مسعود -رضي الله عنه- وهو وقد شرط**) ش: أي ابن مسعود م: (**قيام الرائحة على ما روينا**) ش: بمعنى قوله فإن وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه . وقال الأكمل - رحمه الله - : فيه نظر ، لأن الإجماع عقد على ثبوت حد الشرب باتفاق ابن مسعود . ولكن لا دليل على أن الشرط الذي شرطه ابن مسعود -رضي الله عنه- وهو قيام الرائحة أجمع عليه الباقون .

وأيضاً كلام ابن مسعود -رضي الله عنه- شرطية ، والشرطية الوجود تقيد الوجود عند الوجود لا غير .

وجواب الإمام فخر الإسلام : بأن العدم عند العدم ليس من مفهوم الشرط ، بل انتفاء الجمع عليه مدفوع بما ذكرنا أولاً . وأيضاً ذكر في أول الباب أنه ثابت بقوله عليه الصلاة والسلام من شرب الخمر فاجلدوه ، انتهى كلامه .

قلت : قوله ولا كذلك لا دليل على مجرد النفي ، وهو لا ينافي الضمان الدليل قوله يقيد الوجوب عند الوجود لا غير ، يعني لا يوجب العدم عند عدمه ، فلهذا يجب الحد عند وجود

فإن أخذه الشهود وريحها يوجد منه أو هو سكران ، فذهبوا به من مصر إلى مصر فيه الإمام فانقطع ذلك قبل أن ينتهوا به حد في قولهم جميعاً ، لأن هذا عذر كبعد المسافة في حد الزنا ، والشاهد لا يتهم به في مثله . ومن سكر من النبيذ حد

الرائحة ، ولا ينعدم عند عدمها .

قلت : عدم الحكم عند عدم الرائحة ، باعتبار أن عدم الشرط أوجب عدم الحكم ، بل لعدم الإجماع على الحد على ذلك التقدير ، لأن إجماعهم لا يصح بدون رأي ابن مسعود - رضي الله عنه ، وهو لم ير الحد عند انقطاع الرائحة .

فإن قلت : إن لم يوجد الإجماع فقد وجد النص ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام «من شرب الخمر فاجلدوه » ، وليس فيه اشتراط الرائحة .

قلت : قد خص منه الشرب اضطراراً أو إكراهاً ، فتمكنت الشبهة ، فلا يصح إيجاب الحرية قوله وهما متنافيين .

قلت : الحديث من قبل الآحاد ، ولمثله لا يثبت الحد ، والإجماع حجة قطعية ، فيثبت به .

م: (**فإن أخذه الشهود وريحها يوجد منه ، أو هو سكران فذهبوا به من مصر إلى مصر فيه الإمام ، فانقطع ذلك قبل أن ينتهوا به**) ش: بهذا السكران ، أي انقطع ريح الخمر قبل أن يشهد بهذا السكران إلى الإمام م: (**حد في قولهم**) ش: أي قول أئمتنا الثلاثة م: (**جميعاً**) ش: يعني بلا خلاف بينهم ، لأن زوال الرائحة بالعذر لا يضر ، وفي «المحيط» : كما لو زالت الرائحة بالمعالجة ، والأصل فيه قوماً شهدوا عند عثمان -رضي الله عنه- على عقبة - رحمه الله - بشرب الخمر وهو كان بالكوفة ، فحمله عثمان إلى المدينة وأقام عليه الحد م: (**لأن هذا عذر كبعد المسافة في حد الزنا ، والشاهد لا يتهم به في مثله**) ش: يعني في صورة زوال الرائحة بالعذر .

م: (**ومن سكر من النبيذ حد**) ش: النّبيذ على وزن فعيل بمعنى مفعول ، وهو الذي يعمل من الأشربة من التمر والنبيذ والعسل والحنطة والشعير والذرة والأرز ، ونحو ذلك من نبذت التمر إذا ألقيت على غلبته الماء لتخرج على حلاوته البتة .

وسواء كان مسكراً أو غير مسكر ، فإنه يقال له نبيذ ، ويقال للمعتصر من العنب نبيذ الماء ، يقال للنبيذ خمر وما يتخذ من الزبيب شيئان نقيع ونبيذ ، فالنقيع أن ينقع الزبيب في الماء ويترك أياماً لتخرج حلاوته إلى الماء ، ثم يطبخ أدنى طبخة ، فما دام حلواً يحل شربه ، وإذا غلا واشتد وقذف بالزبد يحرم .

وأما النبيذ فهي التي من ماء الزبيب إذا طبخ أدنى طبخة يحل به ما دام حلوا ، وإذا غلا واشتد وقذف الزبد عليه على قول أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله- الآخر يحل شربه ما

لما روي أن عمر -رضي الله عنه - أقام الحد على أعـرابي سكر من النبيذ ، وسنبين الكلام في حد السكر ومقدار حده المستحق عليه إن شـاء الله تعالى ، ولا حد على من وجد منه رائحة الخمر أو تقيأها ؛لأن الرائحة محتملة

دون السكر .

وعند محمد والشافعي -رحمهما الله- لا يحل وما يتخذ من التمر ثلاثة السكر والنضيخ والنبيذ ، فالنبيذ هو ماء التمر إذا طبخ أدنى طبخة يحل شربه في قولهم ما دام حلواً وإذا غلا واشتد وقذف بالزبد ، عن أبي حنيفة وأبي يوسف يحل شربه للتداوي والتقوي إلا المعدى السكر . وقال محمد والشافعي -رحمهما الله - : لا يحل . وإنما قال : ومن سكر من النبيذ قيد بالسكر فيه ، لأنه شرط بخلاف الخمر .

فإنه يجب بشرب قطرة منها بدون السكر بالإجماع ، والحد في غير الخمر لا يجب إلا بالسكر ، وبه قال النخعي وأبو وائل .

وقال مالك والشافعي وأحمد والأوزاعي والحسن وقتادة وعمر بن عبد العزيز -رضي الله عنهم- يحل في قليله وكثيره كالخمر والسكر ليس بشرب إذا كان هو المسكر .

م: (**لما روي أن عمر -رضي الله عنه- أقام الحد على أعرابي سكر من النبيذ**) ش: هذا أخرجه الدارقطني في « سننه » عن سعيد بن ذي لعوة أن أعرابياً شرب من إداوة عمر -رضي الله عنه- نبيذاً فسكر فضربه عمر الحد[1] ، قال الدارقطني : هذا لا يثبت ، ورواه العقيلي في كتابه وزاد فيه : فقال الأعرابي : إنما شربته من إداوتك، فقال عمر : إنما جلدناك على السكر ، وأعله بسعيد بن ذي لعوة وهو مجهول .

قال : واسند تضعيفه عن البخاري ، وقال في «التنقيح» : سعيد هذا مجهول .

فإن قلت : قوله حد غير معلوم ما هو من حيث الكمية .

قلت : وعد بيانه بقوله م: (**وسنبين الكلام في حد السكر ومقدار حده المستحق عليه إن شاء الله تعالى**) ش: ويأتي بيانه في هذا الباب عن قريب .

م: (**ولا حد على من وجد منه رائحة الخمر أو تقيأها**) ش: أي تقيأ الخمر م: (**لأن الرائحة**) ش: قال الأترازي : يرد عليه تعليله هذا إشكال ، لأنه قال قبل هذا والتمييز بين الروائح ممكن للمستدلة قطع الإجماع أن الاحتمال هنا **سكر** . ثم قال : وتكلف بعضهم في توجيه ذلك ، فقال الاحتمال في نفس الروائح قبل الاستدلال والاحتمال ، كمن لم يعاينه والتمييز بعد الاستدلال على وجه الاستقصار .

---

(١) الدارقطني (٤/ ٢٦٠) ، وانظر ترجمة سعيد بن ذي لعوة في ضعفاء ابن الجوزي [١٣٨٣] .

وكذا الشرب قد يقع عن إكراه واضطرار. فلا يحد السكران حتى يعلم أنه سكر من النبيذ وشربه طوعاً ، لأن السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرماك

وقال أيضاً : والتمييز ممكن لمن عاين الشرب والإكمال لمن لم يعاينه ، وفيه نظر ، لأن من عاين الشرب بنى الأمر على عيان وتعين لا على استدلال ويجيء .

وتخمين صاحب «الهداية» ثبت التمييز في صورة الاستدلال لا صورة العيان ، فقد وقع . إذ كلام هذا الشارح عن [. . .] ، انتهى .

قلت : أراد بقوله وتكلف بعضهم فإنه كذا ذكره في شرحه والأكمل أيضاً أخذ كلامه هذا ، وذكره في شرحه وذكر الجوابين واستحسن الجواب الثاني . وقال في وجه حسنه لاشتماله على تغير تفسير المستدل .

فإنه يدل على أن المستدل هو من معه دليل ، وهو معاينة الشرب ، والجاهل هو من ليس معه ذلك ، ثم قال : ويجوز أن يكون قوله لأن الرائحة م: (محتملة) ش: على مذهب محمد - رحمه الله .

م: (**وكذا الشرب قد يقع عن إكراه واضطرار**) ش: على قولهما ، فلا يلزم بشيء ، وحديث عمر -رضي الله عنه- حجة أيضاً ، فإنه لم يحده بوجود الرائحة ، ولا يثبت بمثله الحد كالبنج ولبن الرماك ، وبه قالت الثلاثة .

وفي « النهاية » : وهو مخالف لما ذكر الإمام المحبوبي في « جامعه » ، وعن أبي حنيفة - رحمه الله - أن من زال عقله بالبنج إن علم أنه بنج فحينئذ لا يقع طلاقه وعتاقه ، وإن لم يعلم يقع ، ثم قال : والسكر من هذه الأشربة ، وأشار إلى الأشربة المتخذة من الحبوب كالحنطة والشعير والذرة والشهد والعسل والفرصاد وغيرهما حرام بالإجماع ، لأن السكر من البنج حرام لأنه مأكول غير مشروب ، فمن المشروب أول بعض المشايخ ، قالوا في زماننا الفتوى على ما إذا سكر من البنج يقع طلاقه ويحد [. . .] لغو هذا الفصل فيما بين الناس .

م: (**فلا يحد السكران حتى يعلم أنه سكر من النبيذ وشربه طوعاً ، لأن السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرماك**) ش: ، هذا مخالف لما ذكره المحبوبي من قوله ، لأن السكر من البنج حرام مع أنه مأكول غير مشروب ، وقد ذكرناه الآن بما فيه الكفاية .

وقال الأكمل : هذا ليس بصحيح ، لأن رواية المحبوبي تدل على أن السكر الحاصل من البنج حرام لا على أن البنج حرام . وكلام المصنف يدل على أن البنج مباح ، ولا يأتي بينهما ، انتهى .

قلت : فيما قاله تقوية لمن يولع بالبنج ، وفيه من الفساد ما لا يخفى . وقال في أشربته

وكذا شرب المكره لا يوجب الحد ولا يحد ، حتى يزول عنه السكر تحصيلاً لمقصود الانزجار ، وحد الخمر والسكر في الحر ثمانون سوطاً لإجماع الصحابة -رضي الله عنهم- يفرق على بدنه ، كما في حد الزنا على ما مر ، ثم يجرد في المشهور من الرواية .

الخاصة وشرب البنج للتداوي ، ولا بأس به فإن ذهبت بعقله لم يحل ، وإن سكر منه لم يحد عندهما ، خلافاً لمحمد - رحمه الله .

قلت : ينبغي اليوم أن يفتى بقول محمد - رحمه الله - قطعاً لمادة الفساد .

م: (**وكذا شرب المكره لا يوجب الحد**) ش: لعدم اختياره م: (**ولا يحد حتى يزول عنه السكر تحصيلا لمقصود الانزجار**) ش: لأنه إذا حد في حال السكر لا يجيء بألم الحد ، حتى يؤيده ما روي عن عمر -رضي الله عنه- أنه جلس سكران إلى حين يصح ، فلما صح حده وبه قالت الأئمة الثلاثة .

م: (**وحد الخمر والسكر في الحر ثمانون سوطاً**) ش: أي حد الخمر كيف ما شربها قليلاً كان أو كثيراً بعد أن كان عن طوع سكر أو لم ينكر بسكر ، ولو شرب قطرة وحد السكر بضم السين ، وفي غير الخمر ثمانون سوطاً ، والحد في الخمر غير موقوف على السكر بالإجماع ، وفي غيرها من السكران موقوف على السكر عندنا ، خلافاً للأئمة الثلاثة على ما يجيء في الأشربة إن شاء الله تعالى م: (**لإجماع الصحابة -رضي الله عنهم-**) ش: أي على الثمانين .

وروى البخاري في « صحيحه» من حديث السائب بن يزيد -رضي الله عنه- وقال : كنا نؤتي بالشارب على عهد رسول الله ﷺ وإمرة أبي بكر -رضي الله عنه- وصدراً من خلافة عمر- رضي الله عنه- فنقوم إليه بأيدينا ونعالنا وأرديتنا حتى كان آخر إمرة عمر -رضي الله عنه- فجلد أربعين ، حتى إذ عتوا وسقوا جلد ثمانين ولا ينكر أن عمر -رضي الله عنه- جلد ثمانين بحضرة أصحاب رسول الله ﷺ فلم ينكر عليه أحد منهم فحمل الإجماع .

به قال مالك وأحمد -رحمهما الله- في رواية واختاره ابن المنذر - رحمه الله- . وقال الشافعي وأحمد -رحمهما الله- في رواية أربعون ، فلو ضرب قريباً من ذلك بأطراف الثياب والنعال . كفى على أصح الوجهين عنه ولو رأى الإمام أن يجلده ثمانين جاز على الظهر .

م: (**يفرق على بدنه**) ش: أي يفرق الثمانون على بدنه م: (**كما في حد الزنا على ما مر**) ش: في فصل كيفية الحد م: (**ثم يجرد في المشهور من الرواية**) ش: أي ثم يجرد المحدود عن ثيابه في جميع الحدود والتعزير إلا الإزار احترازاً عن كشف العورة إلا حد القذف ، فإنه يضرب، وعليه ثيابه إلا الحشو والفرو . فإن ذلك ينزع، وسيجيء بيانه في بابه إن شاء الله تعالى .

وعن محمد -رحمه الله- أنه لا يجرد إظهاراً للتخفيف ، لأنه لم يرد به نص ، ووجه المشهور أنا أظهرنا التخفيف مرة ، فلا يعتبر ثانياً، وإن كان عبداً فحده أربعون سوطًا ، لأن الرق منصف على ما عرف ومن أقر بشرب الخمر والسكر

م: (**وعن محمد -رحمه الله- أنه لا يجرد إظهاراً للتخفيف ، لأنه لم يرد به نص**) ش: أي لعدم ورود النص بذلك . وقال الأترازي - رحمه الله - : وقال بعضهم في شرحه ، أي نص قاطع فيه نظر ، لأنه لا حاجة إلى التقييد بالقطع ، لأنه لم يرد بالتحرير نص أصلاً في كتب الحديث .

قلت : أراد بقوله قال بعضهم الكاكي فإنه قال : لم يثبت بالنص ، لأنه لم يرد به النص القاطع ، كذا قيل ، وهوأيضًا به إلى غيره ، وأما الأكمل فإنه قال : يرد به نص ، أي بالحد نص قاطع أو بالتجريد نص ، وبقول محمد - رحمه الله - قالت الثلاثة .

م: (وجه المشهور) ش: أي من الرواية م: (**أنا أظهرنا التخفيف مرة**) ش: يعني من حيث العد ، حيث لم يجعله مائة كما في الزنا م: (**فلا يعتبر ثانياً**) ش: من حيث الصفة بترك التجريد . وقال الأكمل فيه بحث من وجهين الأول أنه ليس لأحد المجتهدين التصرف في القدرات الشرعية ، والثاني أن الثمانين تغليظ لا تخفيف ، لأنه روي أنهم ضربوا في زمان النبي ﷺ بالأكمام وبالأيدي وغير ذلك ، ثم جلد أربعين ، فالتقدير بعد ذلك تغليظ لا تخفيف .

والجواب أن قوله إنا أظهرنا للتخفيف ، هذا كلام عن السلف المجتمعين ، والتخفيف إنما هو باعتبار أن الله تعالى جاز له أن يقدر حد الشرب مائة كحد الزنا ، إذ هو الفاعل المختار ، وحيث لم ينص على مقدار معين كان تخفيفاً منه ، ولما جعله الصحابة -رضي الله عنهم- بحد من أظهر التخفيف ، فلم يقدروا ، انتهى .

وأما من أظهر التخفيف الذي كان ثانياً بترك التنصيص ، وإليه أشار بقوله درء لطائفة .

م: (وإن كان) ش: أي المحدود م: (**عبداً فحده أربعون سوطًا ، لأن الرق**) ش: أظهرنا التخفيف [. . .] درءاً لطائفة ، وإن كان م: (**أي المحدود التخفيف**) ش: عبد يحده أربعون ، لأن الرق م: (**منصف على ما عرف**) ش: في فصل كيفية الحد وإقامته . وقال الأترازي : على ما عرف ، أي في أصول الفقه . م: (**ومن أقر بشرب الخمر والسكر**) ش: بفتحتين هو بنقع التمر إذا غلا ولم يطبخ ، كذا فسره الناطفي في «الأجناس» . وقال في الخمر السكر كل شراب أسكر . وقال في «ديوان الأدب» : السكر خمر النبيذ . وقال في «المجمل» السكر شراب . وقال في «المغرب» : السكر عصير الرطب ، والمراد هنا ما ذكر الناطفي ، وإنما خصه بالذكر مع أن الحكم سائر الأشربة كذلك ، حيث يصح رجوعه ، لأن السكر كان الغالب في بلادهم . قال الأترازي : ولا يروى السكر بضم السين ، لأن شرب الخمر محال ، اللهم إلا إذا قيل إنه معطوف على الشرب لا على الخمر ، على أن معنى أقر بشرب الخمر أو أقر بالسكر فذلك صحيح من حيث العربية ، لكن إلا

ثم رجع لم يحد . لأنه خالص حق الله تعالى ، ويثبت الشرب بشهادة شاهدين، ويثبت بالإقرار مرة واحدة . وعن أبي يوسف -رحمه الله- أنه يشترط الإقرار مرتين ، وهو نظير الاختلاف في السرقة ، وسنبينها هناك إن شاء الله تعالى . ولا يقبل فيه شهادة النساء مع الرجال ، لأن فيها شبهة البدلية وتهمة الضلال والنسيان .

السماع لم يقع إلا على الأول ولكن الإقرار بالسكر لا يخلو إما أن يكون بعد زوال السكر ، أو حال السكر ، فالأول لا يجوز للتقادم . والثاني أيضاً لا يجوز ، لأن السكر لا يحل يحد بإقرار وهي مسألة آخر الكتاب . ورأيت في نسخة العلامة البرهاني - رحمه الله - بفتحتين . وكتب نسخة بخط شيخي وكتب على الحاشية ، والرواية الصحيحة في الكتب السكر بفتح السين . ويروى بضم السين ، ثم قال هكذا أفادني شيخي - رحمه الله .

م: (**ثم رجع لا يحد ، لأنه خالص حق الله تعالى**) ش: لأنه لا يكذب له في الرجوع ، وهو خالص حق الله تعالى ، فصار كالرجوع في الإقرار بالزنا م: (**ويثبت الشرب بشهادة شاهدين، ويثبت بالإقرار مرة واحدة**) ش: وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وعامة أهل العلم .

م: (**وعن أبي يوسف -رحمه الله-**) ش: وهو قول زفر - رحمه الله - م: (**أنه يشترط الإقرار مرتين**) ش: في مجلسين اعتباراً لعدم الإقرار بعد المشهود م: (**وهو نظير الاختلاف في السرقة ، وسنبينها هناك إن شاء الله تعالى**) ش: أي سنبين هذه المسألة في السرقة إن شاء الله تعالى م: (**ولا يقبل فيه**) ش: أي في حد الشرب م: (**شهادة النساء مع الرجال**) ش: ولا نعلم فيه خلافًا .

م: (**لأن فيها**) ش: أي في شهادة النساء مع الرجال م: (**شبهة البدلية وتهمة الضلال والنسيان**) ش: ذكر هذه الأشياء الثلاثة إشارة إلى ما في قوله تعالى : ﴿ **واستشهدوا شهيدين من رجالكم**﴾ (البقرة : الآية ٢٨٢) إلى قوله : ﴿**فتذكر إحداهما الأخرى** ﴾ ، من رجالكم أي من أهل ملتكم .

أما شبهة البدلية ، فلأن الله تعالى أثبت شهادتين مع الرجال عند عدم محض الرجال وما يكون عند عدم شيء آخر يكون كالبدل عنه ، كما في التيمم والوضوء والماء .

قال : شبهة البدلية دون حقيقة البدلية ، لأن شهادة النساء في المواضع التي جازت شهادتين يجوز من غير ضرورة العجز عن إشهاد الرجال ، بخلاف سائر الأبدال . وأما تهمة الضلال فلأن الله تعالى قال : ﴿ **أن تضل إحداهما** ﴾ (البقرة : الآية٢٨٢) أي : أن لا تصدق إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى ، أن لا تهتدي إحداهما للشهادة ، ومن ضل الطريق إذا لم يهتد إليه ، فتذكر الأخرى . وأما النسيان فيؤخذ من تذكير إحداهما الأخرى .

وفي التفسير : « الضلال » : النسيان ، فالمعنى على هذا من أضل ، أي تضل إحداهما الشهادة ، أي تنسى فتذكرها الأخرى ، فعلى هذا يكون قوله : والنسيان بالعطف على الضلال عطف تفسير ، كذا قاله شيخي العلامة .

والسكران الذي يحد هو الذي لا يعقل منطقاً لا قليلاً ولا كثيراً ، ولايعقل الرجل من المرأة ، وقال العبد الضعيف : وهذا عند أبي حنيفة -رحمه الله- وقالا: هو الذي يهذي ويختلط كلامه ، لأنه هو السكران في العرف ، وإليه مال أكثر المشايخ -رحمهم الله.

فإذا كان كذلك صارت البدلية والنسيان شبهة ، فلم يسمع شهادتين في باب الحدود، لأنها تندرئ بالشبهات كالشهادة لا تسمع في باب الحدود، يؤيده ما روي عن الزهري أنه قال : مضت السنة من لدن رسول الله ﷺ والخليفتين من بعده أن لا شهادة للنساء في باب الحدود والقصاص.

م: (**والسكران الذي يحد هو الذي لا يعقل منطقًا**) ش: قال الجوهري : المنطق الكلام، وقد نطق منطقًا وأنطقه غيره م: (**لا قليلاً ولا كثيرًا**) ش: أي : لا منطقًا قليلاً ولا منطقًا كثيرًا م: (**ولا يعقل الرجل من المرأة**) ش: وفي الفوائد الظهيرية : ولا يعرف الأرض من السماء.

م: (**وقال العبد الضعيف**) ش: أي المصنف -رحمه الله - م: (**وهذا**) ش: أي المذكور في حد السكران م: (**عند أبي حنيفة - رحمه الله -**) ش: إنما بين الخلاف بقوله لأن المذكور أولاً من مسائل «الجامع الصغير»، ولم يذكر فيه الخلاف .

م: (**وقالا**) ش: أي قال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - م: (**هو**) ش: أي السكران م: (**الذي يهذي**) ش: بفتح الياء وسكون الهاء وكسر الذال المعجمة . قال الجوهري : هذا في منطقه يهذي ويهذو هذواً وهذيًا . قلت : الهذيان كلام محيط مختلط من غير أن يفيد شيئًا م: (**ويخلط كلامه**) ش: يصلح أن يكون تفسيرًا مميزًا لقوله : يهذي م: (**لأنه**) ش: أي لأن الهذي يهذي ويخلط كلامه م: (**هو السكران في العرف**) ش: أي في عرف الناس وعادتهم، وبه قال الشافعي وأحمد ومالك وأبو ثور -رحمهم الله- . وإن كان نصف كلامه هذيانًا، ونصفه مستقيمًا فليس بسكران م: (**وإليه**) ش: أي إلى قولهما م: (**مال أكثر المشايخ -رحمهم الله-**) ش: كذا في «المبسوط » واختاره للفتوى .

وعن بشر بن الوليد - رضي الله عنه - : سألت أبا يوسف : من السكران الذي عليه الحد ؟ قال : يستقرأ أن يقرأ ﴿ **قل يا أيها الكافرون** ﴾ ولا يقدر عليه .

فقلت له : غير هذه السورة ، وربما أخطأ فيه الصاحي ، قال : لأن الله تعالى بين الذي عجز عن قراءة هذه السورة سكران ، لأن واحد من الصحابة صلى بالناس قبل تحريم الخمر وكان سكران ، وقرأ هذه السورة ، بخلاف ما أنزلت ، فنزل قوله تعالى : ﴿ **يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى** ﴾ (النساء : الآية ٤٣) ، فثبت أنه إذا عجز عن قراءة هذه السورة عرف أنه سكران .

كذا ذكره الفقيه أبو الليث -رحمه الله- ، يدل عليه ما حدثه الترمذي - رحمه الله - في «جامعه» بإسناده إلى [أبي سلمة بن] عبد الرحمن السلمي عن علي بن أبي طالب -رضي الله

وله أنه يؤخذ في أسباب الحدود بأقصاها درءاً للحد ، ونهاية السكر أن يغلب السرور على العقل فيسلبه التمييز بين شيء وشيء وما دون ذلك لا يعرى عن شبهة الصحو ، والمعتبر في القدح المسكر في حق الحرمة ما قالاه بالإجماع أخذاً بالاحتياط .

عنه - قال : صنع لنا عبد الرحمن بن عوف - رضي الله عنه- طعامًا ، فدعانا وسقانا من الخمر ، فأخذت الخمر منا ، وحضرت الصلاة فقدموني فقرأت : ﴿**قل يا أيها الكافرون ، لا أعبد ما تعبدون**﴾ ونحن نعبد ما تعبدون . قال : فأنزل الله عز وجل : ﴿**يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون**﴾ (النساء : الآية ٤٣) .

وقال الكاكي : وحكي أن أئمة بلخ اتفقوا على استقراء هذه السورة ، ثم إن بعض الشرطة أتى بسكران إلى أمير بلخ ، فأمر الأمير أن يقرأ هذه السورة ، فقال السكران له : اقرأ أنت سورة الفاتحة ، فلما قال الأمير : الحمد لله ، قال له السكران : قف أخطأت من وجهين .

أحدهما : أنك تركت التعوذ عند افتتاح القراءة .

والثاني : تركت التسمية وهي آية من أول الفاتحة عند بعض الأئمة والقراء ، فخجل الأمير وجعل يضرب الشرطي ويقول له : أمرتك أن تأتيني بسكران فأتيتني بمقرىء بلخ .

م: (**وله**) ش: أي ولأبي حنيفة م: (**أنه يؤخذ في أسباب الحدود بأقصاها درءًا للحد**) ش: أي دفعًا له ، ألا ترى أن في الزنا يعتبر المخالطة كالميل في المكحلة ، وفي السرقة يعتبر الأخذ من الحرز التام فكذا هنا اعتبر أقصى غايات السكر ، وهو أن يبلغ مبلغًا لا يعرف الأرض من السماء والرجل من المرأة .

وإذا لم يبلغ هذا المبلغ في غير الخمر من سائر الأشربة المحرمة لا يحد ، لأن السكر تناقص في النقصان شبهة العدم ، بخلاف الخمر حيث لم يشترط فيها السكر أصلاً ، لأن حرمتها غليظة قطعية ، لأنها اجتهادية .

م: (**ونهاية السكر أن يغلب السرور على العقل ، فيسلبه التمييز بين شيء وشيء وما دون ذلك لا يعرى عن شبهة الصحو**) ش: يعني إذا كان يميز بين الأشياء ، عرفنا أنه مستعمل لعقله مع غاية من السرور ، فلا يكون ذلك نهاية في السرور وفي النقصان شبهة العدم، والحدود تندرئ بالشبهات بالزمان .

م: (**والمعتبر في القدح المسكر**) ش: يعني في الأشربة المحرمة غير الخمر المعتبر في القدح الذي يحصل به السكر م: (**في حق الحرمة ما قالاه**) ش: أي قال أبو يوسف ومحمد -رحمهما الله- هو الذي يهذي ويخلط كلامه .

حاصل الكلام المبلغ في السكر هو الذي قالاه ، وأشار بقوله م: (**بالإجماع أخذًا**) ش: أي أن

والشافعي -رحمه الله- يعتبر ظهور أثره في مشيته وحركاته وأطرافه وهذا مما يتفاوت، فلا معنى لاعتباره، ولا يحد السكران بإقراره على نفسه لزيادة احتمال الكذب في إقراره، فيحتال لدرئه؛ لأنه خالص حق الله تعالى، بخلاف حد القذف، لأن فيه حق العبد، والسكران فيه كالصاحي عقوبة عليه، كما في سائر تصرفاته، ولو ارتد السكران لا تبين منه امرأته، لأن الكفر من باب الاعتقاد، فلا يتحقق مع السكر، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله- وفي ظاهر الرواية تكون ردة، والله أعلم بالصواب.

أبا حنيفة درأ الحد م: (**بالاحتياط**) ش: فاعتبر في إيجاب الحد النهاية، إذ الاحتياط في الدرء واعتبر في حق الشرب ما قالاه، لأن الاحتياط فيه م: (**والشافعي -رحمه الله- يعتبر**) ش: يعني السكر م: (**ظهور أثره**) ش: أي أثر المسكر م: (**في مشيته**) ش: بكسر الميم م: (**وحركاته وأطرافه**) ش: أي في يديه ورجليه. وقال الأترازي وصاحب «الهداية» في هذا الكلام فخر الإسلام البزدوي قال في شرح «الجامع الصغير»: إذا ظهر أثره في مشيته وأطرافه وحركاته فهو السكران. ولنا فيه نظر، لأن الشافعي -رحمه الله- يوجب الحد في شرب النبيذ المسكر به جنسه، وإن قيل: وهو المذكور في كتبهم، ولا يعتبر السكر أصلاً.

م: (**وهذا**) ش: أي الذي قال الشافعي - رحمه الله- م: (**مما يتفاوت**) ش: لأن كم من صاح يتمايل ويلزق في مشيته، وكم من سكران ثابت في مشيته ولا يتمايل م: (**فلا معنى لاعتباره**) ش: أي لاعتبار ما قاله، لأنه لا يكون دليلاً م: (**ولا يحد السكران بإقراره على نفسه**) ش: يعني بالحدود الخالصة حقًا لله تعالى، نحو حد الزنا والشرب والسرقة م: (**لزيادة احتمال الكذب في إقراره**) ش: لأن الإقرار خبر محتمل الكذب. فإذا صدر من سكران فهذا زيادة احتمال كذبه، فإذا كان كذلك م: (**فيحتال لدرئه**) ش: لأن الحدود يحتال لدرئها لا لإثباتها م: (**لأنه خالص حق الله تعالى**) ش: إلا أنه يضمن المروق، لأنه حق العبد.

م: (**بخلاف حد القذف، لأن فيه حق العبد**) ش: إلا أنه يحد حد القذف إذا صح م: (**والسكران فيه**) ش: أي في حق العبد م: (**كالصاحي عقوبة عليه، كما في سائر تصرفاته**) ش: كالقصاص أقر على نفسه أو بطلاق أو بعتاق صح إقراره.

م: (**ولو ارتد السكران لا تبين منه امرأته**) ش: في الاستحسان وفي القياس تبين كذا في «المبسوط» م: (**لأن الكفر من باب الاعتقاد فلا يتحقق**) ش: الاعتقاد م: (**مع السكر، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله -، وفي ظاهر الرواية: تكون ردة**) ش: لأن كلامه هذا هذيان لا إقرار له والله أعلم بالصواب.

* * *

باب حد القذف

وإذا قذف الرجل رجلاً محصناً أو امرأة محصنة بصريح الزنا وطالب المقذوف بالحد حده الحاكم ثمانين سوطاً إن كان حراً ؛ لقوله تعالى : ﴿ والذين يرمون المحصنات﴾ إلى أن قال :﴿فاجلدوهم ثمانين جلدة﴾ (النور:الآية٤) ، والمراد الرمي بالزنا بالإجماع

م: **(باب حد القذف)**

ش: أي هذا باب في بيان حكم حد القذف، وهو في اللغة: الرمي ، وفي اصطلاح الفقهاء: نسبة من أحصن إلى الزنا صريحًا أو دلالة ، فكأن القاذف وضع حجر القذف في مقدمة لسانه ورمى إلى المقذوف، والقذف من الكبائر بإجماع الأئمة ، لقولهﷺ : «**اجتنبوا الموبقات ، قيل : ما هن يا رسول الله ﷺ ؟ قال : الشرك بالله ، والسحر ، وقتل النفس التي حرمها الله ، وأكل الربا ، وأكل مال اليتيم ، والتولي يوم الزحف ، وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات** » متفق عليه .

م: (**وإذا قذف الرجل رجلاً محصنًا أو امرأة**) ش: أي أو قذف امرأة م: (**محصنة بصريح الزنا**) ش: بأن قال المحصن : يا زاني ، والمحصنة : يا زانية ، أو قال : **يا ولد الزنا** ، أو يا ابن الزنا، أو لست لأبيك وأمه حرة مسلمة م: (**وطالب المقذوف بالحد**) ش: أي طالب المقذوف القاذف عند الحاكم م: (**حده الحاكم ثمانين سوطًا إن كان حرًا**) ش: هذا مشتمل على قيود :

الأول : وجود الحد بالقذف، سواء كان القاذف رجلاً أو امرأة .

الثاني : أن يكون القاذف من أهل العقوبة ، وإلا فلا حد عليه كالصبي والمجنون.

الثالث : التقييد بصريح الزنا ، لأن حد القذف لا يجب بالكتابة، حتى لو قال رجل لرجل : يا زاني ، فقال رجل آخر : صدقت لم يحد المصدق، لأنه ما صرح بنسبته إلى الزنا بتصديقه إياه .

الرابع : أن يطالب المقذوف والأقذف ترك حقه ، فلا يستوي الحد حينئذ .

الخامس : قيد بالحر ، لأن القاذف إذا كان عبداً فحده أربعون على ما يأتي.

السادس : قيد الرجل ثمانين في الحر، لأن ذلك منصوص في الآية.

السابع : الشرط كون المقذوف محصنًا على ما يأتي.

م: (**لقوله تعالى : ﴿والذين يرمون المحصنات ﴾** إلى أن قال : **﴿ فاجلدوهم ثمانين جلدة﴾ (النور : الآية ٤)** (**والمراد الرمي بالزنا بالإجماع**) ش: أي بإجماع العلماء . قال **الأكمل** -رحمه الله- ملخصاً من كلام صاحب «النهاية» : واعترض أن التقييد بصريح الزنا غير مقيد لمتحققه بدونه ، بأن قال : لست لأبيك ، وكان القياس أن لا يجب المطالبة ، لأن حق الله فيه غالب، والمغلوب في مقابلته كالمستهلك وحيث فليست مطالبة المقذوف بلازمة ، فإن ابنه إذا طالبه حد .

وفي النص إشارة إليه وهو اشتراط أربعة من الشهداء ، إذ هو مختص بالزنا ، ويشترط مطالبة المقذوف لأن فيه حقه من حيث دفع العار وإحصان المقذوف لما تلونا . قال : ويفرق على أعضائه لما مر في حد الزنا ، ولا يجرد من ثيابه ، لأن سببه غير مقطوع به ، فلا يقام على الشدة بخلاف حد الزنا

والجواب : أنه إذا قذفه بصريح ووجد الشروط وجب الحد لا محالة ، فتلك قضية صادقة ، وأما إذا قذفه بنفي النسب لا يجب فليس لأن التقييد لإخراج ما كان فيه بطريق الكناية . مثل أن يقول : يا زاني ، فقال الآخر : صدقت ، لا لآخر لما ذكرت وحق العبد، وإن كان مغلوبًا لكن يصلح اشتراط مطالبته احتيالاً للدرء ، وابن المقذوف وإنما يقدر على المطالبة لقيامه مقام المقذوف، ولهذا لم يكن له حق المطالبة إلا إذا كان المقذوف ميتًا ليتحقق قيامه مقامه من كل وجه .

م: **(وفي النص إشارة إليه)** ش: أي إلى الرمي بالزنا م: **(وهو اشتراط أربعة من الشهداء)** ش: حيث قال : فإن لم يأتوا بالشهداء م: **(إذ هو مختص بالزنا)** ش: الضمير في إذ هو يرجع إلى اشتراط الأربعة ، معناه أن الزنا هو المختص بأربعة شهداء .

م: **(ويشترط مطالبة المقذوف ، لأن فيه حقه من حيث دفع العار)** ش: صورة المطالبة أن يقول : هذا قذفني وأن لي عليه حد القذف فأنا أطالبه بذلك . وسأل تاج الشريعة -رحمه الله- بأن الغلبة فيه لحق أبيه ، فلا يشترط الطلب .

قلت : الجواب قد مر آنفًا من كلام صاحب« النهاية» و «الهداية» م: **(وإحصان المقذوف)** ش: أي يشترط إحصان المقذوف م: **(لما تلونا)** ش: إشارة إلى قوله تعالى : **﴿والذين يرمون المحصنات﴾** (النور : الآية٤) .

م: **(قال)** ش: أي القدوري -رحمه الله- في «مختصره» م: **(ويفرق على أعضائه)** ش: أي يفرق الضرب على أعضاء القاذف م: **(لما مر في حد الزنا)** ش: أن الجمع في عضو واحد قد يفضي إلى التلف وإنما يفرق على الأعضاء ما خلا الوجه والرأس والفرج م: **(ولا يجرد من ثيابه)** ش: هذا أيضًا لفظ القدوري م: **(لأن سببه)** ش:أي سبب الحد وهو القذف م: **(غير مقطوع به)** ش: لاحتمال كون القاذف صادقًا في القذف في الواقع ، وإن كان عاجزًا عن إقامة البينة على ما قذف، لاشتراط أمور في الشهادة على زنا المقذوف.

فلما يتهيأ للشهود تحقيق ذلك عند القاضي ، فلما جرى في القذف احتمال الصدق لم يجرد من ثيابه طلبًا للخفة في إقامة الحد ، وهو معنى م: **(فلا يقام على الشدة ، بخلاف حد الزنا)** ش: سببه مقطوع به لثبوته بالبينة أو بالإقرار، فيجرد الذي يقام عليه الحد، إلا الإزار توقيًا عن كشف العورة، فيقام على الشدة ، إلا شارب الخمر فإنه لا يجرد وقد مر .

غير أنه ينزع عنه الفرو ، والحشو ، لأن ذلك يمنع إيصال الألم به ، وإن كان القاذف عبداً جلد أربعين سوطاً لمكان الرق . والإحصان أن يكون المقذوف حراً عاقلاً بالغاً مسلماً عفيفاً عن فعل الزنا أما الحرية فلأنه ينطلق عليه اسم الإحصان ، قال الله تعالى : ﴿ فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب ﴾ (النساء : الآية ٢٥) أي الحرائر .

م: **(غير أنه ينزع عنه الفرو والحشو ، لأن ذلك)** ش: أي الفرو والحشو م: **(يمنع إيصال الألم به)** ش: أي بالمحدود م: **(وإن كان القاذف عبداً جلد أربعين سوطًا لمكان الرق)** ش: وقد مر أي الرق منصف م: **(والإحصان)** ش: شرع في بيان شروط الإحصان ، وهي خمسة : فبينها بقوله : م: **(أن يكون المقذوف حرًا عاقلاً بالغًا مسلمًا عفيفًا عن فعل الزنا)** ش: هذا باتفاق العلماء ، إلا ما روي عن داود الظاهري -رحمه الله- أنه أوجب الحد على قاذف العبد .

وعن ابن المسيب وابن أبي ليلى -رحمهما الله - يجب أن يحد بقذف الذمية التي لها ولد مسلم . وعن أحمد في رواية : لا يشترط البلوغ ، بل يشترط بحيث أن يكون بجامع ، وفي الأصح : يشترط كالعلامة .

قوله : والإحصان إلى قوله : عن فعل الزنا لفظ القدوري في «مختصره» .

وشرع المصنف في تبيين كل ذلك بدلائله فقال : م: **(وأما الحرية فلأنه ينطلق عليه اسم الإحصان قال الله تعالى : ﴿فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب﴾ (النساء : الآية ٢٥) أي الحرائر)** ش: يعني إن شاء الله تعالى ، أراد بقوله : فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب ، الحرائر لا الإماء ، فدل على أن الرقيق ليس بمحصن .

وقال تاج الشريعة : **فإن قلت:** قال الله عز وجل : ﴿ **فإذا أحصن**﴾ والمراد منه الإماء .

قلت: الإحصان يذكر ويراد منه الحرائر فشرطنا الحرية احتيالاً للدرء .

وقال الكاكي : فإن قيل : المحصنات جاءت في القرآن بأربع معان :

أحدها : بمعنى العفائف .

والثاني : بمعنى الحرائر .

والثالث : بمعنى الزوجات ﴿**والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم** ﴾ .

والرابع : بمعنى الإسلام ، قال الله تعالى : ﴿**فإذا أحصن**﴾ قال ابن مسعود -رضي الله عنه : إحصانها إسلامها ، فيمكن أن يكون العبد محصنًا بجهة ، وغير محصن بجهة ، فكيف يلزم أن يكون الحرية شرط الإحصان في القذف ، قلنا : لما لم يكن العبد محصنًا من وجه لم يدخل تحت الآية لقصوره فيه ، وعليه أجمع الفقهاء .

والعقل والبلوغ . لأن العار لا يلحق بالصبي والمجنون لعدم تحقق فعل الزنا منهما . والإسلام لقوله عليه السلام : من أشرك بالله فليس بمحصن . والعفة ، لأن غير العفيف لا يلحقه العار ، وكذا القاذف صادق فيه . ومن نفى نسب غيره وقال : لست لأبيك فإنه يحد ، وهذا إذا كانت أمه حرة مسلمة لأنه في الحقيقة قذف لأمه ، لأن النسب إنما ينفى عن الزاني لا عن غيره

م: (والعقل والبلوغ ، لأن العار لا يلحق بالصبي ، والمجنون لعدم تحقق فعل الزنا منهما) ش: أي من الصبي والمجنون ، وبقولنا قال الشافعي وأحمد ومالك -رحمهم الله- ، إلا أن مالكًا قال في المحصنة التي يجامع مثلها تحد [. . .] وإن لم تكن محصنة .

فإن قيل : لو لم يتحقق قبل الزنا منهما ، فينبغي أن يجب الحد ، على قاذف المجنون زنى حالة جنونه ولا يحد ، وإن قذفه بعد قاذفه .

أجيب : بأن معنى قوله لعدم تحقق فعل الزنا منهما الزنا الذي يأثم صاحبه ولم يتحقق الزنا الموجب للإثم لعدم الخطاب .

وأما الوطء الذي هو غير مملوك قد يتحقق منهما ، وبالنظر إلى هذا كان القاذف صادقًا قذفه ، فلا يجب الحد على القاذف ، ولا على المقذوف كمن قذف رجلاً وطئ الشبهة أو وطئ جاريته المشتركة بينه وبين غيره .

م: (والإسلام) ش: وأما شرط الإسلام م: (لقوله عليه الصلاة والسلام) ش: أي لقول النبي ﷺ : «من أشرك بالله فليس بمحصن» هذا الحديث قد تقدم في حد الزنا ، رواه إسحاق بن راهويه بإسناده عن ابن عمر -رضي الله عنهما - عن النبي ﷺ ومر الكلام فيه هناك .

م: (والعفة) ش: أي وأما اشتراط العفة عن فعل الزنا م: (لأن غير العفيف لا يلحقه العار) ش: بالنسبة إلى الزنا م: (وكذا القاذف الصادق فيه) ش: فلا يحد .

م: (ومن نفى نسب غيره ، وقال : لست لأبيك فإنه يحد) ش: لأن معناه : أمك زانية ، أو زنت فولدتك من الزنا ، فلما كان هذا في الحقيقة قذفًا للأم يشترط أن الأم محصنة حتى يحد القاذف ، وإلا فلا ، وهذا معنى قوله .

م: (وهذا) ش: أي وجود الحد ، م: (إذا كانت أمه حرة مسلمة ، لأنه في الحقيقة) ش: أي في نفس الأمر هذا م: (قذف لأمه ، لأن النسب إنما ينفى عن الزاني لا عن غيره) ش: تقريره أن فرض المسألة فيما إذا كان أبوه وأمه معروفين ، ونسبه من الأم ثابت بيقين ، وخفاه عن الأب المعروف ، فكان دليلاً بأنه زنى بأمه ، وفي ذلك قذف لأمه لا محالة .

وقال الكاكي -رحمه الله : وفي قوله : هذا قذف لأمه بالزنا فكأنه قال : أمك زانية ، لأنه متى لم يكن من غير أبيه ضرورة ، ولا نكاح لغير أبيه ، فكان في نفسه من أمه إلى الزنا ضرورة .

ومن قال لغيره في غضب : لست بابن فلان لأبيه الذي يدعى له يحد ، ولو قال في غير غضب : لا يحد ، لأن عند الغضب يراد به حقيقة سباً له ، وفي غيره يراد به المعاتبة بنفي مشابهته إياه في أسباب المروءة . ولو قال : لست بابن فلان يعني جده لم يحد ، لأنه صادق في كلامه

فإن قيل : جاز أن لا يكون ثابت النسب من أبيه ، ولا يكون ثابت وأمه زانية بأن كانت موطوءة بشبهة .

قلنا : إذا وطئت بشبهة كان الولد ثابت النسب من إنسان ، وإنما لا يكون ثابت النسب من الأب إذا كانت هي زانية فعرف أنه بهذا اللفظ قاذف لأمه ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد رحمهم الله - ، إلا أن مالكًا لا يشترط كون أمه وأبيه مسلمين حرين، بل يشترط نفي الإحصان ، وبه قال أحمد -رحمه الله - في روايته ،وفي «المبسوط » : وجوب الحد ها هنا بطريق الاستحسان لا القياس، وفي القياس : لا يجب إذا تركنا كالقيام بأثر ابن مسعود -رضي الله عنه- أنه قال: لا يحد في قذف محصنة أو نفي رجل عن أبيه .

فإن قلت: هذا كله إذا قال : لست لأبيك ، فإذا قال: لست لأمك ما حكمه .

قلت: لا يحد ، وبه صرح في «التحفة» ، لأنه صدق لأن النسب إلى الآباء لا إلى الأمهات .
وقال الأترازي : يشترط في قوله ليست أن يكون على سبيل الغضب الباب، وإن كان في غير غضب فلا حد بدليل المسألة التي تلي هذه .

م: (**ومن قال لغيره في غضب لست بابن فلان لأبيه الذي يدعى له**) ش: وفي بعض النسخ يدعى إليه م: (**يحد، ولو قال في غير غضب لا يحد ، لأن عند الغضب يراد به حقيقة سبًا له**) ش: أي شتمًا له فيحد ، لأنه يصير قاذفًا لأمه م: (**وفي غيره**) ش: أى في غير غضب م: (**يراد به المعاتبة بنفي مشابهته إياه**) ش: وفي بعض النسخ أباه بالباء الموحدة م: (**في أسباب المروءة**) ش: منها الأخلاق الجميلة ، وعن المعاشرة مع الأصحاب وإظهار الكرم.

فإن قيل: ما الفرق بين هذه وبين قوله في حالة الغضب أو غيرهما لست بابن فلان ولا ابن فلانة ، وهي أمه التي يدعى لها حيث لا يكون قذفًا ، مع أن القذف يراد بهذا اللفظ .

أجيب: بأن قوله ولا ابن فلانة ، يعني أن أمه وإنما ينتفي منها بانتفاء الولادة ، وكان نفيًا للولادة ونفي الولادة نفي للوطء ، ونفي الوطء نفي الزنا ، بخلاف ما إذا لم يصل لك بمعنى ، ولا ابن فلانة نفي من الوالد وولادة الولد ثابتة من أمه ، فصار كأنه قال أنت ولد الزنا ، كذا في «الذخيرة» .

م: (**ولو قال لست بابن فلان يعني جده**) ش: يعني أراد به جده لا أباه م: (**لم يحد ، لأنه صادق في كلامه**) ش: لأنه في الحقيقة ابن أبيه لا جده.

ولو نسبه إلى جده لا يحد أيضاً ، لأنه قد ينسب إليه مجازاً . ولو قال له : يا ابن الزانية وأمه ميتة محصنة ، فطالب الابن بحده حد القاذف ، لأنه قذف محصنة بعد موتها ، ولا يطالب بحد القذف للميت إلا من يقع القدح في نسبه بقذفه ، وهو الوالد والولد ، لأن العار يلتحق به لمكان الجزئية ، فيكون القذف متناولاً له معنى . وعن الشافعي -رحمه الله- يثبت حق المطالبة لكل وارث ؛ لأن حد القذف يورث عنده على ما نبين

م: (**ولو نسبه إلى جده لا يحد أيضًا ، لأنه قد ينسب إليه مجازاً**) ش: قال الله تعالى ﴿ **يابني آدم**﴾ ولمالك - رحمه الله - في الحدود روايتان ، إلا أن يتهم جده بأمه أو أراد المسألة ويجب الحد رواية واحدة.

م: (**ولو قال له يا ابن الزانية وأمه**) ش: أي والحال أن أمه م: (**ميتة محصنة ، فطالب الابن بحده حد القاذف ، لأنه قذف محصنة بعد موتها**) ش: والموت لا يزيد الإحصان بل يؤكده ، وإنما قيد بكون الأم محصنة ، لأن الحد لا يجب على قاذف غير محصن ، لأن الله تعالى شرط الإحصان بالأبد ، ثم الإحصان يثبت بإقرار القاذف أو بالبينة على المقذوف ، والبينة رجلان أو رجل وامرأتان عندنا خلافًا لزفر .

فإنه يشترط رجلين ، فإن أنكر القاذف عن البينة لا يستحق القاذف ، فالقول قوله ، لأن الظاهر يصلح للدفع لا للاستحقاق ، فلا يثبت إحصانها بالظاهر ، وإنما كانت المطالبة بالحد إلى الابن ، لأن القذف بعد الموت ألحق الشتم بالابن ، فكان حق المطالبة له لدفع العارعن نفسه .

م: (**ولا يطالب بحد القذف للميت إلا من يقع القدح**) ش: أي الطعن م: (**في نسبه بقذفه ، وهو الوالد والولد**) ش: وقال الفقيه أبو الليث - رحمه الله - يعني الوالد والجد وإن علا ، وولد الولد وإن سفل ، لأن الجد يسمى أبًا وولد الولد يسمى ابنًا ، وليس للأخ والأخت والعم بأن يأخذوا بالحد م: (**لأن العار يلتحق به**) ش: أي بكل واحد من الوالد والولد م: (**لمكان الجزئية فيكون القذف متناولاً له معنى**) ش: أي من حيث المعنى ورد بأن التعليل بالحرية غير صحيح لتخلف الحكم عنها وإذا كان المقذوف حيًا غائبًا .

فإنه ليس لأحد أن يأخذ بحده إذ ذاك . وأجيب بأن الأصل في الباب هو القذف لا محالة وغيره ممن بينه وبين حريته يقوم مقامه ، وإنما يقوم الشيء مقام غيره إذا وقع اليأس عن الأصل ، وإنما يقع اليأس بموته فلا يقوم غير مقامه قبل موته .

م: (**وعند الشافعي - رحمه الله - يثبت حق المطالبة لكل وارث ، لأن حد القذف يورث عنده**) ش: أي عند الشافعي - رحمه الله - يثبت حق المطالبة م: (**على مانبين**) ش: أي عند قوله ومن قذف غيره ومات المقذوف بطل الحد .

وقال الشافعي - رحمه الله : لا يبطل ، وبه قال مالك وأحمد والشافعي - رحمهم الله

وعندنا ولاية المطالبة ليس بطريق الإرث بل لما ذكرناه ، ولهذا يثبت عندنا للمحروم عن الميراث بالقتل ، ويثبت لولد البنت كما يثبت لولد الابن خلافاً لمحمد -رحمه الله- ؛ ويثبت لولد الولد حال قيام الولد ، خلافاً لزفر -رحمه الله- . وإذا كان المقذوف محصناً جاز لابنه الكافر والعبد أن يطالب بالحد

فمن يرثه ؟ ثلاثة أوجه : أحدها : أنه يريد جمع الورثة ، والثاني : غير من ترث بالزوجية ، والثالث : يرثه العصبات دون غيرهم .

م: (**وعندنا ولاية المطالبة ليس بطريق الإرث ، بل لما ذكرناه**) ش: وهو بحق العلة م: (**ولهذا**) ش: أي ولأجل ولاية المطالبة للخوف من العار م: (**ثبتت**) ش: أي المطالبة م: (**عندنا للمحروم عن الميراث بالقتل ، ويثبت لولد البنت كما يثبت لولد الابن خلافًا لمحمد رحمه الله**) ش: فإنه روي عنه أن حق المطالبة لا يثبت لولد الميت، لأنه منسوب إلى أبيه لا إلى أمه ، فلا يلحقه الشين بزنا أمه .

ألا ترى أنه لا يدخل ابن الميت البنت في الوقف على أولاده وأولاد أولاده . وفي الواقعات والفتوى على قول محمد .

وفي ظاهر الرواية الميت النسب يثبت منه ، ويصير الولد به كريم الطرفين ، فكان المقذوف ميتًا دلالة ، أما الوقف فهو ممنوع على رواية الحصان - رحمه الله - وليس مسلم ، فالوقف في معنى الوصية التي هي أخت الميراث والولد فيه يثبت إلى الأب دون الأم .

ألا ترى أنه لا يحجب عن النصف والزوجة عن الربع ويحجبهما ولد الابن ، فكذلك الحكم في الوقف .

م: (**ويثبت**) ش: أي المطالبة م: (**لولد الولد حال قيام الولد خلافًا لزفر - رحمه الله -**) ش: فإنه يقول ليس لولد الولد حال قيام الولد أن يخاصم ، لأن الشين الذي يلحق الولد فوق ما يلحق ولد الولد ، واعتبر هذا بطلب الكفارة .

فإنه لا خصومة فيه للأبعد مع بقاء الأقرب ، ونحن نقول حق الخصومة باعتبار ما لحقه من الشين نسبة إليه ، وذلك موجود في حق ولد الولد كوجوده في ابنه فإن خاصم يقام الحد لخصومته بخلاف القذف .

فإن حق الخصومة باعتبار تناول القاذف من عرضه مقصوداً ، وذلك لا يوجد في حق ولده وبخلاف الكفارة فإن طلبها إنما يثبت للإقرار لقوله ﷺ الإنكاح إلى العصبات وفي الحكم المركب على العصوبة يتقدم الأقرب على الأبعد .

م: (**وإذا كان المقذوف محصنًا جاز لابنه الكافر والعبد أن يطالب بالحد**) ش: هذا لفظ القدوري في «مختصره» ، وهذا إذا كان المقذوف ميتًا ، لأنه إذا كان حيًا ليس للابن أن يطالب بالحد وإن

خلافاً لزفر -رحمه الله- هو يقول القذف يتناوله معنى لرجوع العار إليه وليس طريقه الإرث عندنا ، فصار كما إذا كان متناولاً له صورة ومعنى . ولنا أنه عيره بقذف محصن، فيأخذه بالحد ، وهذا لأن الإحصان في الذي ينسب إلى الزنا شرط ليقع تعييراً على الكمال ، ثم يرجع هذا التعيير الكامل إلى ولده ، والكفر لا ينافي أهلية الاستحقاق .

كان المقذوف غائبًا .

وإنما لم يعده القدوري - رحمه الله - بالميت ، لأنه ساق كلامه في قذف الميت قبل ذكر هذا ، حيث ذكر و لا يطالب بحد القذف للميت إلا من يقع القدح في نسبه .

م: (**خلافًا لزفر - رحمه الله -**) ش: فإنه يقول ليس له أن يطالب بالحد م: (**وهو**) ش: أي زفر - رحمه الله - م: (**يقول القذف يتناوله**) ش: أي الابن م: (**معنى**) ش: أي من حيث المعنى لا من حيث الصورة م: (**لرجوع العار إليه ، وليس طريقه الإرث عندنا**) ش: لأن حد القذف لا يورث م: (**فصار كما إذا كان متناولاً له**) ش: أي للابن أو العبد م: (**صورة ومعنى**) ش: في رجوع العار إليه بأن قذفه إنسان بالزنا ابتداء لا يجب الحد ، لعدم الإحصان لكفره أو رقه .

فكذا هذا . حاصله لو كان متناولاً له صورة ومعنى فإن قذفه إنسان كما ذكرنا لم يجب عليه الحد لعدم الإحصان المقذوف .

فكذا هذا إذا تناوله معنى قبل قوله وليس طريقة الإرث غير مقيد له في هذا المقام، لأنه لو كان طريقه الإرث أيضًا لم يكن له أن يخاصم ، لأن المانع عن الإرث موجود، وهو الكفر أو الرق ، وقيل تحريم كلامه أن الحد إما أن يجب في هذه الصورة على الغائب لقذفه أمه أو المقذوف نفس هذا الابن لا الكفر لا يجوز أن يكون لأجل أمه، لأن الحد لا يورث ، ولا أن يكون لأجل نفسه ، لأنه ليس بمحصن .

م: (**ولنا أنه**) ش: أي أن القاذف م: (**عيره**) ش: بالعين المهملة ، أي رماه بالعار ، يعني القاذف عير الابن الكافر أو العبد م: (**بقذف محصن**) ش: وهذا ظاهر ، لأن فرض المسألة فيه م: (**فيأخذه بالحد**) ش: لأن كل من عير بقذف محصن جاز أن يؤخذ بحده .

م: (**وهذا**) ش: إيضاح لما قبله م: (**لأن الإحصان في الذي ينسب إلى الزنا شرط ليقع تعييراً على الكمال، ثم يرجع هذا التعيير الكامل إلى ولده**) ش: فجاز له أن يأخذ بالحد .

م: (**والكفر لا ينافي أهلية الاستحقاق**) ش: قال تاج الشريعة - رحمه الله - ، ولهذا تستحق الحقوق الراجعة إلى المعاملات كالديون ونحوها .

وقال الأكمل - رحمه الله - : فإن قيل جاز أن يكون المانع موجوداً ، فلا يثبت الحكم على المقتضى ، فأجاب بقوله والكفر لا ينافي أهل الاستحقاق استحقاق أهلية الخصومة ، لأن

بخلاف ما إذا تناول القذف نفسه ، لأنه لم يوجد التعيير على الكمال بفقد الإحصان في المنسوب إلى الزنا . وليس للعبد أن يطالب مولاه بقذف أمه الحرة ، ولا للابن أن يطالب أباه بقذف أمه الحرة المسلمة ، لأن المولى لا يعاقب بسبب عبده ، وكذا الأب بسبب ابنه ، ولهذا لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده

استحقاقها باعتبار لحوق الشين ، وذلك موجود في الولد الكافر والمملوك ، لأن النسبة لا تنقطع بالرق والكفر .

م: (**بخلاف ما إذا تناول القذف نفسه ، لأنه لم يوجد التعيير على الكمال بفقد الإحصان في المنسوب إلى الزنا**) ش: لأن شرط وجوب الحد الإحصان ولم يوجد م: (**وليس للعبد أن يطالب مولاه بقذف أمه الحرة**) ش: هذا لفظ القدوري - رحمه الله - صفة صورة قذف عبده وللعبد أم نسبة محصنة .

م: (**ولا للابن**) ش: أي وليس للابن أيضًا م: (**أن يطالب أباه بقذف أمه الحرة المسلمة**) ش: وفي «الإيضاح» ولا حد وإن علا ، ولا ابنه ولا أم أمه وإن يحلف ، وبه قال الشافعي وأحمد ومالك - رحمه الله - في رواية .

وقال مالك في المشهور : للابن أن يطالب أباه بقذف أمه به ، قاله أبو ثور - رحمه الله - وابن المنذر م: (**لأن المولى لا يعاقب بسبب عبده**) ش: أي سائر الحقوق ، ولهذا إذا قتله لا يقتل به فكذا لا يحد بعبده . م: (**وكذا الأب**) ش: أي وكذا لا يعاقب الأب م: (**بسبب ابنه**) ش: لأن الولد مأمور بتعظيم الأبوين وممنوع عن إضرابهما ، ولهذا نهى عن التأقيت والضرر في الحد أكثر من ضرر التأقيت ، فيمتنع عنه كما يمنع من التأقيت .

م: (**ولهذا**) ش: أي وبعدم جواز معاقبة الوالد لأجل ولده م: (**لا يقاد الوالد بولده**) ش: أي إذا قتله لا يقتص لأجله ، وهذا لفظ الحديث قد روي عن النبي ﷺ : لا يقاد والد بولده .

م: (**ولا السيد بعبده**) ش: رواه الترمذي وابن ماجة - رحمهما الله - عن عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- عن النبي ﷺ ، ولفظه : لا يقاد الوالد بالولد[1] ، انتهى . وأخرج الحاكم في «المستدرك» عنه في حديث طويل ، ولفظه : لو لم يسمع رسول الله ﷺ يقول : لا يقاد مملوك عن مالك ، ولا ولد عن والده لا حد فيها اقذفها . . الحديث في قصة جارية مع سيدها ، ولا السيد ، أي ولا يقاد سيد بعبده إذا قتله ليس في الحديث ، ولا سيد بعبده ، قد بيناه[2] .

---

(١) سنن الترمذي [١٤٣٣] وابن ماجة [٢٦٦٢] ، ووصححه الألباني في صحيح سنن الترمذي [١١٢٩] ، وابن ماجة [٢١٥٧] .

(٢) السنن الكبرى للبيهقي (٨/ ٣٨) ، وسنن الدارقطني (ص ٣٤٨) كتاب الحدود . والحاكم في «المستدرك» (٤/ ٢١٦) . (٤/ ٣٦٨) .

ولو كان لها ابن من غيره له أن يطالب بالحد لتحقق السبب وانعدام المانع . ومن قذف غيره فمات المقذوف بطل الحد . وقال الشافعي -رحمه الله- لا يبطل ، ولو مات بعدما أقيم بعض الحد بطل الباقي عندنا. خلافاً له بناء على أنه يورث عنده ، وعندنا لا يورث ، ولا خلاف أن فيه حق الشرع وحق العبد ، فإنه شرع لدفع العار عن المقذوف ، وهو الذي ينتفع به على الخصوص ، فمن هذا الوجه حق العبد ، ثم إنه شرع زاجراً ، ومنه سمي حداً

م: (**ولو كان لها ابن من غيره**) ش: أي من غير القاذف ، صورة ما قال الحاكم في «الكافي» رجل قال لابنه يا ابن الزانية وأمه ميتة ، ولها ابن من غيره فجاء يطلب الحد م: (**له أن يطالب بالحد لتحقق السبب**) ش: أي سبب وجوب الحد وهو القذف م: (**وانعدام المانع**) ش: أي ولأجل انعدام المانع ، لأن المانع عن إقامة الحد في حق الابن ولم يوجد في حق أخيه ، وهو الأبوة يجب الحد إذا طالبه .

م: (**ومن قذف غيره فمات المقذوف بطل الحد .وقال الشافعي - رحمه الله - : لا يبطل**) ش: الحد بموت المقذوف م: (**ولو مات**) ش: أي المقذوف م: (**بعدما أقيم بعض الحد بطل الباقي عندنا خلافًا له)** ش: أي للشافعي - رحمه الله - م: (**بناء على أنه يورث عنده**) ش: أي بني هذا الخلاف بناء على أن حد القذف يورث عند الشافعي م: (**وعندنا لا يورث ، ولا خلاف أن فيه**) ش: أي في حد القذف م: (**حق الشرع وحق العبد**) ش: وهذا لا خلاف فيه .

أما كونه حق الشرع فمن حيث إن نفعه يقع عامًا بإخلاء العالم عن الفساد ، لأنه ليس ثمة آدمي مختص به . وأما كونه حق العبد فلأن فيه صيانة العرض ودفع العار عن المقذوف ثم حق الله تعالى لا يجري فيه الإرث ولا يجري فيه التداخل ولا يسقط بإسقاط العبد .

وحق العبد يجرى فيه الإرث ، ولا يجري فيه التداخل ، وأسقط بإسقاطه ، وقد أشار المصنف إلى هذا بقوله م: (**فإنه**) ش: أي فإن حد القذف م: (**شرع لدفع العار عن المقذوف ، وهو الذي ينتفع به على الخصوص ، فمن هذا الوجه**) ش: قال تاج الشريعة - رحمه الله - أي من هذين الوجهين وهو قوله : فإنه شرع لدفع العار عن المقذوف ، وقوله : الذي ينتفع به على الخصوص مقدم الوجهين وجهًا ، وذكر في «الجامع الصغير» الوجهين في م: (**حق العبد**) ش: لأن هذا يرجع إليه لا إلى الشرع .

م: (**ثم إنه**) ش: أي أن حد القذف م: (**شرع**) ش: حال كونه م: (**زاجراً**) ش: لأنه يزجر المقذوف م: (**ومنه**) ش: أي ومن كونه شرع زاجرًام: (**سمي حداً**) ش: وقد مضى الكلام في معنى الحد في أول كتاب الحدود .

وقال تاج الشريعة : حداً يدل على أنه حق الله ، لأن ما يجب لله تعالى يسمى حداً كما في حد السرقة . وحد الزنا وحد الشرب وما يجب للعبد لا يسمى حداً ، بل سمي قصاصًا وتعزيراً .

والمقصود من شرع الزاجر: إخلاء العالم عن الفساد ، وهذه آية حق الشرع ، وبكل ذلك تشهد الأحكام . وإذا تعارضت الجهتان فالشافعي مال إلى تغليب حق العبد تقديماً لحق العبد باعتبار حاجته وغناء الشرع ، ونحن صرنا إلى تغليب حق الشرع ، لأن ما للعبد من الحق يتولاه مولاه ، فيصير حق العبد مرعياً به ، ولا كذلك عكسه ، لأن لا ولاية للعبد في استيفاء حقوق الشرع إلا نيابة عنه ، وهذا هو الأصل المشهور الذي يتخرج عليه الفروع المختلف فيها ، منها

م: (**والمقصود**) ش: أي القصد م: (**من شرع الزاجر إخلاء العالم عن الفساد**) ش: إذ لولا الزواجر لفسدت أحوال الناس م: (**وهذه آية حق الشرع**) ش: أي وهذا المذكور علامة حق الشرع م: (**وبكل ذلك**) ش: أي وبكل ما ذكر من حق الشرع وحق العبد م: (**تشهد الأحكام**) ش: أما الأحكام التي تشهد على أن حد القذف حق العبد ، فاشتراط الدعوى في عدم بطلانه بالتقادم .

وإنه يجب على المستأمن ولا يعمل فيه الرجوع عن الإقرار ويقيمها القاضي بعلم نفسه ، ولا يخلف القاذف ، وأما الأحكام التي تشهد على أنه حق الله تعالى أن الإقامة للإمام والتنصيف بالرق وأنه لا ينقلب ما لا عنده سقوط . م: (**وإذا تعارضت الجهتان**) ش: أي جهة حق الشرع ، وجهة حق العبد م: (**فالشافعي مال إلى تغليب حق العبد**) ش: قال ابن دريد : يقال غالب الرجل على فلان إذا حكم له بالغلب م: (**تقديمًا لحق العبد**) ش: أي لأجل تقديم حق العبد م: (**باعتبار حاجته**) ش: حر م: (**وغناء الشرع**) ش: مرعيًا به حق العبد أولى بدفع حاجته وبه قال مالك وأحمد م: (**ونحن صرنا إلى تغليب حق الشرع لله تعالى ، لأن ما للعبد من الحق يتولاه مولاه**) ش: يعني لو صرنا إلى تغليب حق الشرع يكون بعضهم حق لله تعالى مع كون حق العبد مرعيًا ، لأن مولى العبد له أن يستوفي ما للعبد على الناس دون العكس . وإنما يرجح حق العبد في مواضع يلزم من اعتبار حق الله تعالى إهدار حق العبد لانتهاء وفاء لحق الله تعالى ، لأن الله غني والعبد محتاج ، وها هنا إن ترك الرعاية في حق الوارث من وجه لكن فيه رعاية حق القاذف من حيث السقوط بموت المقذوف ، فإذا ثبت هذا الأصل ، فنقول إنه لا يورث ، لأن الإرث لا يجري فيما هو من حقوق الله تعالى ، لأنه من خلافه الوارث المورث بعد موته ، والله تعالى يتعالى عن ذلك .

فإن قلت : حق الله تعالى أيضًا لا يسقط بموت المقذوف . قلت: نحن لا نقول بالسقوط ، ولكن تعذر استيفائه لانعدام شرطه ، فالشرط خصومة المقذوف ، ولا يتحقق فيه الخصومة بعد الموت .

م: (**فيصير حق العبد مرعيًا به**) ش: أي بحق الشرع كما قررناه الآن م: (**ولا كذلك عكسه**) ش: وهو أن يكون ما للمولى من الحق يتولاه عبده م: (**لأنه لا ولاية للعبد في استيفاء حقوق الشرع إلا نيابة**) ش: ولا نيابة ها هنا .

م: (**وهذا**) ش: أي كون حق العبد غالبًا عند الشافعي - رحمه الله - حق الله تعالى عندنا م: (**هو الأصل المشهور الذي يتخرج عليه الفروع المختلف فيها منها**) ش: أي من الفروع المختلف

الإرث إذ الإرث يجري في حقوق العباد لا في حقوق الشرع ، ومنها العفو ، فإنه لا يصح عفو المقذوف عندنا ويصح عنده ، ومنها أنه لايجوز الاعتياض عنه ، ويجري في التداخل وعنده لا يجري . وعن أبي يوسف -رحمه الله- في العفو مثل قول الشافعي -رحمه الله- ومن أصحابنا من قال : إن الغالب حق العبد وخرج الأحكام ، والأول أظهر.

فيها م: (**الإرث**) ش: أي في حق القذف فعند الشافعي يجري فيه الإرث ، وعندنا لا يورث م: (**إذ الإرث يجري في حقوق العباد لا في حقوق الشرع ، ومنها العفو ، فإنه لا يصح عفو المقذوف عندنا ، ويصح عنده**) ش: .

م: (**ومنها أنه لا يجوز الاعتياض عنه**) ش: أي أخذ المعوض عن حد القذف ، وبه قال مالك م: (**ويجري في التداخل عندنا وعنده**) ش: أي وعند الشافعي - رحمه الله - م: (**لا يجري**) ش: التداخل بقذف الجماعة بكلمة واحدة أو يقذف واحد مراراً .

م: (**وعن أبي يوسف - رحمه الله - في العفو مثل قول الشافعي -رحمه الله -**) ش: أي روي عن أبي يوسف - رحمه الله - عن عفو المقذوف مثل قول الشافعي - رحمه الله - في أنه يصح ، وبه قال مالك وأحمد - رحمهما الله - .

م: (**ومن أصحابنا من قال أن الغالب حق العبد**) ش: أراد من أصحابنا صدر الإسلام البزدوي فإنه ذكر في «مبسوطه» : أن الغالب حق العبد كما قال الشافعي - رحمه الله - م: (**وخرج الأحكام**) ش: عطفًا على قول من قال ، أي أجاب عن الأحكام التي تدل على أنه حق الله تعالى جواب يوافق المذهب ، يقال في تفويض الإمام إن كل واحد لا يهتدي إلى إقامه الحد ، وقال في عدم الإرث أي عدمه لا يستوجب كونه حق الله تعالى كالشفعة وخيار الشرط ، لأن الإرث لا يجزئ في الأعيان .

وأجاب عن كون القصاص يورث بأنه في معنى مالك الغير ، لأنه يملك إتلاف العين وملك الإتلاف ملك العين عند الناس ، فإن الإنسان لا يملك شراء الطعام إلا الإتلاف ، وهوالأصل ، فصار كمن عليه القصاص كالمملوك لمن له القصاص ، وهو باق ، فيملك الوارث في حق استيفاء القصاص م: (**والأول أظهر**) **ش**: أي كون حق الله مغلبًا أظهر ، من كون حق العبد مغلبًا، وعلى الأول عامة المشايخ .

وقال أبو بكر الرازي في شرحه« لمختصر الطحاوي» : أطلق محمد في بعض المواضع ، أي حد القذف من حقوق الناس ، وأطلق في بعضها أنه من حقوق الله تعالى ، والعبارتان صحيحتان أما قوله إنه من حقوق الناس قائمًا أراد أن المطالبة من حقه لما خالفه عقد من الشيئين بقذفه ، وتناوله في عرضه ، ولو لم يطالب لم يحد . وقوله أنه من حقوق الله تعالى أراد به نفس الحد لا المطالبة لأنه ليس يمتنع أن يكون الحق لواحد ، والمطالبة لواحد كالوكيل بالبيع يطالب ، وملك

قال : ومن أقر بالقذف ثم رجع لم يقبل رجوعه ، لأن للمقذوف فيه حقاً فيكذبه في الرجوع، بخلاف ما هو خالص حق الله تعالى ، لأنه لا مكذب له فيه . ومن قال للعربي : يا نبطي لم يحد لأنه يراد به التشبيه في الأخلاق أو عدم الفصاحة ، وكذا إذا قال: لست بعربي لما قلنا .

الثمن للآمر ، وكذلك المشتري إذا كان وكيلاً فإن قبض العبد إليه والملك للآمر .

م: (**ومن أقر بالقذف ثم رجع لم يقبل رجوعه ، لأن للمقذوف فيه حقًا ، فيكذبه في الرجوع**) ش: لأنه من الأحكام التي تشهد بكونه حق العبد ، ولا يصح الرجوع فيه بعد الإقرار لوجود المكذوب، وهو العبد م: (**بخلاف ما هو خالص حق الله تعالى**) ش: منه حد الزنا والشرب والسرقة م: (**لأنه لا مكذب له فيه**) ش: فيقبل رجوعه ، إلا أن في السرقة يسقط القطع ، ويجب المال .

م: (**ومن قال للعربي: يا نبطي لم يحد**) ش: النبطي نسبة إلى نبط بفتحتين ، وهم قوم ينزلون سواد العراق، قال الفرزدق في هجو طيء:

من أهل حرمران تصيفهم ومن أهل التمر كانت سطورها

وقال الفقيه أبو الليث : «النبطي» : رجل من غير العرب ، وذكر عبد الله بن أحمد المالقي في تفسير المالقة الثالثة من كتاب ويسقور يدروس وبلاد الجرامقة هي بلاد النبط وهي الري والموصل والجزيرة فيما وصفه بعض الغرر حين م: (**لأنه يراد به التشبيه في الأخلاق**) ش: من حيث الخساسة والبخل م: (**أو عدم الفصاحة**) ش: أي أو يراد به عدم الفصاحة ، فكأنه قال في عدم الفصاحة مثل النبطي ، وكذا أي وكذا لايحد إذا قال العربي ليس بعربي م: (**لما قلنا**) ش: أشار به إلى قوله يراد به النسبة إلى آخره .

م: (**وكذا إذا قال: لست بعربي**) ش: من قبيلة فلان التي هو فيها لا يحد لما روي . وقال مالك وابن أبي ليلى : حد في رواية ، والشافعي في قول : إذا نوى الشتم يحد لما روي أنه عليه الصلاة والسلام كان يقول: لا ولي برجل بقوله إلى كتابه ليست من قريش إلا جلدته ، ولأنه لما نهاه ، وعن قبيلته صار كفتقه عن الجد الأعلى .

وقلنا والشافعي - رحمه الله - في قول وأحمد في أصح الرواية عنه لا يجب ، لأنه قد يراد به التشبيه في الأخلاق والتشبيه في الجهل والكهنة ، يعني عدم الفصاحة لا ولد بين التي عن الأب عادة كمن قال المصري بإقراري .

وفي «المبسوط» : ألا ترى أنه لو قال : أنت شامي أو كوفي ولا يزيد بشيء من ذلك القذف ولا يحد وقدمنا إنه مروي عن ابن عباس - رضي الله عنه - فإنه سئل عن رجل وقال القرشي : يا نبطي ، فقال : لا حد عليه .

وأما الحديث فشاذ ، ويمكن أن يكون قال ذلك بطريق التعزير ، لأنه قال إلا جلدته، وما قال

ومن قال لرجل : يا ابن ماء السماء فليس بقاذف ، لأنه يراد به التشبيه في الجود والسماحة والصفاء ، لأن ماء السماء لقب به لصفائه وسخائه وإن نسبه إلى عمه أو خاله أو إلى زوج أمه فليس بقاذف ، لأن كل واحد من هؤلاء يسمى أباً ،أماً

لا حد ، وعن مالك إذا قال لعربي : يا رومي ، أو يقال لفارسي : يا رومي أو لرمي يا فارسي ، أو يقول : يا ابن الخياط لم يكن في بابه من بهذه الصفة ففي جميع ذلك يحد لدفع العار .

م: (**ومن قال لرجل: يا ابن ماء السماء فليس بقاذف**) ش: هذا لفظ القدوري في مختصره، وعلل المصنف - رحمه الله - بقوله م: (**لأنه يراد به التشبيه في الجود والسماحة**) ش: لأن ماء السماء لا ينحل ، بل يصب في ماء السهل والجبل ، وسمي النعمان بن المنذر به وكانت أم المنذر يقال لها ماء السماء لحسنها ، واشتهر المنذر بأمه ، فقيل له المنذر بن ماء السماء ، ثم سمي به النعمان لجوده وسخائه .

م: (**والصفاء ، لأن ماء السماء لقب به لصفائه وسخائه**) ش: أي لقب بهذا اللفظ لأجل صفائه وسخائه ، ولم يذكر من هو الملقب به ، وقد ذكرنا أن النعمان بن المنذر لقب به، ولقب به أيضًا المأتيسا، وهو لقب عمرو بن عامر قاله الأكمل .

قلت : عمرو بن عامر بن حارثة الغطريف بن امرئ القيس بن ثعلبة بن مازن بن الأزد وماء السماء لقب ،[. . . . .] ،ومن[. . .] لقب عمر ولقب به لأنه كان يلبس كل يوم حلقتين ثم يمر فيهما، لأنه كان يكره أن يعود فيهما، ويكره أن يلبسهما غيره .

و«مريقيا» : بضم الميم وفتح الراء وسكون الياء آخر الحروف القاف بعدها ياء أخرى مخففة ممدودة ، وإنما سمي أبوه عامر بماء السماء لأنه في القحط أقام ماله مقام القطر ، وكان غياثًا لقومه مثل ماء السماء للأرض . وكانت أم المنذر بنت امرئ القيس أيضًا فسمي بماء السماء لجمالها وحسنها وأبوها عرف بن خيم بن مريقيا هو الذي ذكره حسان في قوله أولاد حض حول قراءة اسم أبيهم قير بن مارية الكريم الفضل يسقون من ورد البريض النير عليهم ، يرد ما بصفق بالرحيق السلاحسنة هو تقليد العنقاء ، وسمي العنقاء لطول عنقه ، ومارية ابنة ظالم بن وهب بن الحارث بن معاوية ثور عن أبيه وهي التي يضرب بها المثل، ويقا : خذها ولو بقرطي مارية ، وكان يقوم ظاها بأربعين ألف دينار . وقيل : كان في موطء مارية درمان كبيض الحمام لم ير مثلها، ويقال : أول عربية تفوطت ، والبريض بفتح الباء الموحدة موضع بدمشق ، ويروى بالفتحات نهر بدمشق. قوله : بضيق ، أي تمزج ، والسلسل القذف السهل الدخول في الحلق.

م: (**وإن نسبه إلى عمه**) ش: أي وإن سب رجل رجلاً إلى عمه ، يعني قال أنت ابن فلان وإن أراد عمه م: (**أو خاله**) ش: أو نسبه إلى خاله م: (**أو إلى زوج أمه**) ش: أي أو نسبه إلى زوج أمه م: (**فليس بقاذف**) ش: أي لا يجب عليه بشيء م: (**لأن كل واحد من هؤلاء يسمى أبًا ، أما**

الأول فلقوله تعالى : ﴿نعبد إلهك وإله آبائك إبراهيم وإسماعيل وإسحاق﴾ (البقرة:الآية١٣٣) ، وإسماعيل كان عماً له ، والثاني لقوله عليه السلام: الخال أب . والثالث للتربية . ومن قال لغيره : زنأت في الجبل . وقال: عنيت صعود الجبل حد ، وهذا عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف - رحمهما الله . وقال محمد -رحمه الله: لا يحد ، لأن المهموز منه للصعود حقيقة ، قالت امرأة من العرب : وارق إلى الخيرات زنأ في الجبل

الأول) ش: وهو ما إذا نسبه إلى عمه م: (لقوله تعالى : ﴿ نعبد إلهك وإله آبائك إبراهيم وإسماعيل وإسحاق ﴾ (البقرة : الآية ١٣٣) ، وإسماعيل كان عمًا له ،والثاني) ش: وهو ما إذا نسبه إلى خاله م: (لقوله عليه الصلاة والسلام) ش: أي لقول النبي ﷺ م: (الخال أب) ش: هذا حديث غريب وفي «الفردوس» لأبي شجاع الديلمي : عن عبد الله بن عمر - رضي الله عنه- مرفوعًا : « الخال والد من لا والد له» .

م: (والثالث) ش: وهو نسبته إلى زوج أمه م: (للتربية) ش: أي لأجل تربية أباه سماه أبًا ، لأن زوج الأم بقوله عليه على قيام الآباء فيجوز أن يسمى أبًا مجازاً ، فلما صح إطلاق اسم الأب على كل واحد منهم لم يجب الحد بالنسبة إليهم . وقال ابن القاسم المالكي في النسبة إلى هؤلاء الحد ، وعند أشهر المالكي : لا حد عليه لا في حال المشاعة .

م: (ومن قال لغيره : زنأت في الجبل) ش: يعني بالهمزة موضع الباء م: (وقال عنيت) ش: أي قصدت بهذا اللفظ م: (صعود الجبل حد ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله-) ش: وبه قال أحمد والشافعي في قول إذا لم ينو م: (وقال محمد - رحمه الله - لا يحد) ش: وبه قال الشافعي في قول م: (لأن المهموز منه) ش: أي من هذا اللفظ وهو الذقوم مستعمل م: (للصعود حقيقة) ش: وقد أراد حقيقة كلامه فيصدق ، ولا يحد .

وقال وفي «الجمهرة» وغيره : زنأ في الجبل بالهمزة يزنأ زنأ أي صعد ، وجاء زنأ نواز بمعنى صعد أيضًا .

واستشهد المصنف - رحمه الله - لذلك بقوله م: (قالت امرأة من العرب) ش: وقال ابن السكيت : قالت امرأة من العرب ترقص ابنا لها وتقول أشبه أبا أمك ، أو أشبه عملي ، ولا تكونن كهلوف ، وكل يصبح في مضجعه قد انجدل م: (وارق إلى الخيرات زنأ في الجبل) ش: وقال في كتاب «الزيول في شرح الإصلاح » : الأبيات ما هي لامرأة ، وإنما هي لرجل رأى ابنًا له ترقصه أمه ، فأخذه من يدها وقال : أشبه أبا أمك يخاطب ابنه ، وكان أبو أمه شريفًا سيدًا يقول : أشبه أبا أمك . أو أشبه عملي أي كن مثل أبي أمك أومثلي ، ولا تجاوزنا في النسبة إلى غيرنا وحذف بالإضافة عن عمل للضرورة .

وهذا الرجل هو قيس بن عاصم المنقري وأم ذلك الصبي منفوسة بنت زيد الفوارس بن

وذكر الجبل يقرره مراداً ، ولهما أنه يستعمل في الفاحشة مهموزاً أيضاً ، لأن من العرب من يهمز الملين كما يلين المهموز ، وحالة الغضب والسباب تعين الفاحشة مراداً ، بمنزلة ما إذا قال : يا زانىء أو قال : زنأت وذكر الجبل إنما يعين الصعود مراداً

صرار الصبي فأخذته أمه بعد ذلك فجعلت ترقصه وتقول أشبه أخي أو أشبهن أباك ، أما أبي فلن تنال ذاك عن مثاله بذاك قوله أو أشبه عما قد ذكرنا أن أصله عملي الإضافة . وقال الكاكي : أو أشبه الحمل ، ثم قال الحمل اسم رجل من العرب وهوحمل بن سعد - بالحاء المهملة وفتح الميم .

وقال ابن ماكولا : الحمل بن سعد بن حارثة بن معقل بن كعب بن حكم بن جناب وفد على رسول الله ﷺ . قوله كهلوف : بكسر الهاء وتشديد اللام الشيخ الهرم ، ويقال الثقيل الجافي الذي لا خير فيه . قوله وكل بفتحتين هو الذي ينكل على غيره فيما يحتاج إليه .

وقال الكاكي : والكل العيال وليس كذلك ، لأنه ظن أن الواو في وكل واو العطف ، وفسر الكل بالعيال ، بل الواو أصلية ، وهو الكل بفتحتين وقد فسرناه . قوله قد انجدل أي قدامته ، يراد أنه لا يستيقظ حتى يصح .

م: (**وذكر الجبل يقرره مراداً**) ش: أي تقرر الصعود مراداً منه . وقوله زنأت في الجبل يعني تأكيد أن يكون المهموز للصعود حقيقة .

م: (**ولهما أنه**) ش: أي أن لفظ زنأت م: (**يستعمل في الفاحشة**) ش: حال كونه م: (**مهموزاً أيضًا**) ش: يشير بهذا إلى أن المهموز مشترك بين الفاحشة والصعود م: (**لأن من العرب من يهمز الملين كما يلين المهموز**) ش: فمنهم العجاج ، فإنه كان يهمز العالم والكايم ، وقال فحندق هامة هذا العالم بهمزة اللين أيضًا من جد في الهر العرب من التقاء الساكنين ، فيقال دابة وشابة ، وفي غير التقاء الساكنين كما همزة العجاج ، وكما همزة الشاعر في قوله

[. . . . .]

والدكالك جمع ، وكذلك وهو الرجل المتراكم ، والبرق بضم الباء الموحدة جمع برقة ، وهي أرض غليظة فيها حجارة ورمل ، والاستشهاد في لفظ المشتاق بالهمزة المفتوحة ، فإنه في الأصل المشتاق بالألف الساكنة .

وهذا باب في التصريف يقال له باب الإبدال ، وهو جعل حرف مكان غيره ، ويعرف ذلك بأمره كما ذكر في موضعه ، وحروف الإبدال أربعة عشر حرفًا ، منها الهمزة تبدل من حرف اللين للمضطر أو غير المضطر ، لازم وجائز ، فالبيان اللذان فيهما الإبدال من غير المضطر ، فإن أرادت تفصيل هذا حقيقة فعليك بشرح [. . . . .] ينشأ وحواشيه للعبد الضعيف .

م: (**وحالة الغضب والسباب تعين الفاحشة مراداً**) ش: يعني لما كان لفظ زنأت بالهمزة يعنى

إذا كان مقروناً بكلمة على ، إذ هو المستعمل فيه . ولو قال : زنأت على الجبل ، قيل لا يحد لما قلنا وقيل يحد للمعنى الذي ذكرناه .

زنيت على لغة بعض العرب باعتبار التليين فيه ، علم من ذلك أن القائل به أراد الزناء حقيقة ، لأن يقبل هذا إلا في حالة الغضب والمشاتمة ، وصار هذا م: (**بمنزلة ما إذا قال يا زانئ**) ش: بالهمزة في آخره م: (**أو قال : زنأت**) ش: الخطاب وبالهمزة فقط ، ففي هذين اللفظين يجب الحد ، فكذلك في قوله زنأت في الجبل .

وقوله : وحالة الغضب كلام إضافي مرفوع بالابتداء وخبره . وقوله تعين الفاحشة من التعيين ، أي الزنا . ومراد نصب على الحال ، وإنما ذكره باعتبار أن المراد من الفاحشة الزنا .

م: (**وذكر الجبل**) ش: جواب لما قاله محمد - رحمه الله - بقوله وتقرره مراداً ، بيانه أن ذكر الجبل م: (**إنما يعين الصعود مراداً إذا كان**) ش: أي لفظ زنأت م: (**مقرونًا بكلمة على**) ش: لا بكلمة في م: (**إذ هو المستعمل فيه**) ش: يعني أن المستعمل في معنى الصعود أن يقال زنأ عليه لا زنأ فيه .

فإن قيل إن في تجيء بمعنى على ، قال الله تعالى : ﴿ **لأصلبنكم في جذوع النخل** ﴾ (طه : الآية ٧١)، أي عليها . قلنا ذكر الزمخشري أنها على حقيقتها .

قاله الكاكي ، ولكن عبارة الزمخشري شبه ، لكن هكذا المصلوب في الجذوع يتمكن الشيء المرعي في دعائه ، فكذلك قال في جذوع النخل ، انتهى .

قلت: هذا لا يساعد الكاكي في جوابه على ما لا يخفى .

فإن قيل : قال فخر الإسلام البزدوي في «شرح الجامع الصغير» قوله في الجبل لا يحتمل الصعود لا يقال زنأ فيه ، يقال : زنأ عليه ، كما قال الشاعر :

لا هم أن الحارث بن جميلة زنأ على أبيه ثم قتله

وأجاب عنه الأترازي بقوله : لا نسلم أنه لا يقال زنأ فيه ،بل ما قال فخر الإسلام - رحمه الله - عكس اللغة ، فلا يسمع ، لأن الزنأ بالهمزة لم يسمع في قوانين اللغة إلا بلفظ في على لا بلفظ على ، كما في قوله زنأ في الجبل ، أما قوله زنأ على أبيه فليس مما نحن فيه المهموز من الثلاثي في وما احتج به ليس بمهموز من مزيد الثلاثي من باب التفعيل ، فمعنى زنأ على أبيه ، أي ضيق عليه .

م: (**ولو قال زنأت على الجبل**) ش: اختلف المشايخ فيه م: (**قيل لا يحد لما قلنا**) ش: إشارة إلى قوله إذا كان مقرونًا بكلمة على م: (**وقيل : يحد للمعنى الذي ذكرناه**) ش: إشارة إلى قوله وحالة الغضب والسباب تعين الفاحشة مراداً .

ومن قال لآخر: يا زاني، فقال: **لا بل أنت فإنهما يحدان، لأن معناه لا بل أنت زان، إذ هي كلمة عطف** يستدرك بهـا الغلط، **فيصير الخـبر المذكور في الأول مذكور في الثـاني. ومن قال لامرأته:** يا زانية فـقالت: لا بل أنت، **حدت المرأة ولا لعان لأنهـما قاذفان، وقـذفه يوجب اللعان وقـذفها** الحـد، وفي البداية بـالحد **إبطال اللعـان، لأن المحـدود في القذف لـيس بأهل له، ولا إبطال في عكسه أصلاً**

م: (**ومن قال لآخر: يا زانـي فقال لا بل أنت**) ش: أي بل أنت زاني م: (**فإنهما يحدان**) ش: يعني كلاهمـا يحدان م: (**لأن مـعنـاه بل أنت زان إذ هي**) ش: أي إذ همـا كلمـة بل م: (**كلمة عطف يستدرك بها الغلط**) ش: يعني بل من الحروف العاطفة موضوعة للإضراب عن الأول، والإتيان للثاني م: (**فيصيـر الخبر المذكور في الأول**) ش: وهو قـوله يا زاني م: (**مذكوراً في الثاني**) ش: أي في قول بل أنت كما إذا قلت: جاءني زيد بل عمرو، معناه بل جاءني عـمرو، فكذا هذا فيكون كل واحد منهما قاذفًا، فيجب عليه الحد.

وقال الأترازي: في قوله فيصير الخبر المذكور في الأول فيه نظر، لأن المذكور فيه في مقام النداء لا يسمى خبراً.

ولو قال فيصير المذكور في الأول خبراً فيه كان أولى. وأجيب عنه: بأن المراد بالخبر الجزاء وحينئذ يستقيم الكلام، لأن أخبر خبرًا خص، فيجوز أن يتعار الأعم.

فإن قيل: التصريح بالزنا شرط في إيجاب الحد ولم يوجد من الثاني، فكيف يجب عليه الحد.

قلت: أجيب بمنع نفي وجود الصريح إذ يفهم الزنا في أول ما قال، بل أنت في جواب قوله يا زان، لأن الجواب يتضمن إعادة ما في السؤال فيصير مثل التصريح، سواء كان قيل إذا كان كل واحد منهما قاذفًا لصاحبه، فينبغي أن يكون قصاصًا، فلا يجب الحد.

أجيب: بأن القذف فيه حق الله، وهو الأغلب في الفصاحة يلزم إسقاط حق الله تعالى، فلا يجوز ذلك. ولهذا لم يجز عفو المقذوف.

م: (ومن قال لامرأته: يا زانية. فقالت **لا بل أنت حدت المرأة، ولا لعـان، لأنهما قاذفان، وقذفه يوجب اللعان. وقذفها الحد**) ش: أي يوجب الحد.

م: (**وفي البدايـة بالحد**) ش: أي يحـد المرأة م: (**إبطال اللعـان**) ش: لأن اللعان شهادة وقد بطلت شهادة المرأة بحدها، وهو معنى قوله م: (**لأن المحـدود في القـذف ليس بأهل له**) ش: أي اللعان.

م: (**ولا إبطال في عكسـه أصلاً**) ش: يعني إذا قـذف اللعـان لا يبطل حد القذف عن المرأة م:

فيحتال للدرء ، إذ اللعان في معنى الحد . ولو قالت: زنيت بك فلا حد ولا لعان ، ومعناه قالت بعدما قال لها يازانية لوقوع الشك في كل واحد منهما ، لأنه يحتمل أنها أرادت الزنا قبل النكاح فيجب الحد دون اللعان لتصديقها إياه ، وانعدامه منه ويحتمل أنها أرادت زنائي ما كان إلا معك بعد النكاح ، لأني ما مكنت أحداً غيرك ، وهو المراد في مثل هذه الحالة

(**فيحتال للدرء**) ش: أي لدرء اللعان تحد المرأة بتقديمه م: (**إذ اللعان في معنى الحد**) ش: يعني قائم مقام حد القذف في حق الرجل ومقام حد الزنا في حق المرأة .

م: (**ولو قالت زنيت بك**) ش: أي لو قالت المرأة زنيت بك في جواب قول الرجل يازانية م: (**فلا حد ولا لعان . ومعناه قالت بعدما قال لها يا زانية**) ش: أي معنى قولها زنيت بك أنها قالت ذلك بعدما قال الزوج لها يا زانية كما قررناه ، وفيه قياس واستحسان لم يذكرهما المصنف ، وإنما لم يجب الحد ولا اللعان .

وبه قال أحمد استحساناً ، وبه قال [. . .] والقياس أن يلاعنها ، لأن هذا ليس بتصديق منها له ، لأن المرأة لا تزني بزوجها ، وبه قال مالك - رحمه الله .

وقال أشهب : إلا أن يقول : قلت ذلك محابة ولم أرد قذفًا ولا إقراراً فلا حد عليها . وعند الشافعي - رحمه الله - حلفت أنها لم ترد الإقرار بالزنا ولم ترد قذفه با لزنا ويكتفي بين واحدة في وجه ، وعليه الحدود وبها لأن هذا ليس بإقرار صحيح بالزنا .

وجه الاستحسان هو قوله : م: (**لوقوع الشك في كل واحد منهما**) ش: أي لوقوع الشك في كل واحد من الحد واللعان فلا يجب بالشك م: (**لأنه يحتمل**) ش: أي المرأة م: (**أنها أرادت الزنا قبل النكاح ، فيجب الحد دون اللعان**) ش: أي لا يجب اللعان م: (**لتصديقها إياه**) ش: أي لتصديق المرأة زوجها .

م: (**وانعدامه منه**) ش: أي ولانعدام التصريف من الزوج م: (**ويحتمل أنها أرادت زنائي ما كان إلا معك**) ش: الخطاب للزوج ، أي زنائي هو الذي وجد معك ، يعني إذا كان الزنا موجود مني ، فذاك الفعل الذي وجد مني معك م: (**بعد النكاح**) ش: وإلا فلا ، وهو معنى قوله بعد النكاح م: (**لأني ما مكنت أحداً غيرك ، وهو المراد في مثل هذه الحالة**) ش: أي في حالة سب الرجل امرأته بالزنا .

وفي «الفوائد الظهيرية» : ولا معنى لما قال في الكتاب لا يحتمل بعد النكاح ، لأن الوطء بعد النكاح لا يكون زنا ، ومطلق القذف بالزنا محمول على الزنا حقيقة . وأجيب عليه بأن الزوج بقوله لها يا زانية أعصابها وهي ترد بقولها زنيت بك أعصب واذنه ممسكة بقوله عز وجل : ﴿والزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرك ﴾ (النور : الآيه ٣) ، وسميت الوطء بعد النكاح زنًا مجازاً

على هذا الاعتبار يجب اللعان دون الحد على المرأة لوجود القذف منه وعدمه منها، فجاء ما قلنا . ومن أقر بولد ثم نفاه ، فإنه يلاعن ، لأن النسب لزمه بإقراره ، وبالنفي بعده صار قاذفاً فيلاعن ، وإن نفاه ثم أقر به حد ، لأنه لما أكذب نفسه بطل اللعان ، لأنه حد ضروري صير إليه ضرورة التكاذب ، والأصل فيه حد القذف ، فإذا بطل التكاذب يصار إلى الأصل ، وفيه خلاف ذكرناه في اللعان ، والولد ولده في الوجهين لإقراره به سابقاً أو لا حقاً ، واللعان يصح بدون قطع النسب

بطريق المشاكلة ، كما في قوله تعالى :﴿ **فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم** ﴾ (البقرة : الآية ١٩٤) ﴿ **وجزاء سيئة سيئة** ﴾ (الشورى : الآية ٤٠).

م: (**وعلى هذا الاعتبار**) ش: أي على الاعتبار الاحتمالين المذكورين م: (**يجب اللعان دون الحد على المرأة لوجود القذف منه**) ش: أي من الزوج م: (**وعدمه منها**) ش: أي وعدم القذف من المرأة تقدير هذا على هذا الاعتبار لا يكون المرأة مصدقة لزوجها ، فيجب اللعان على الزوج، ولا يجب الحد على المرأة ، ففي حال لا يوجب الحد عليها ، ويجب اللعان على الزوج ، وفي حال يجب الحد عليها ، ولا يجب اللعان فوقع الشك فيما قلنا إنه لا حد ولا لعان م: (**فجاء ما قلنا**) .

م: (**ومن أقر بولد ثم نفاه فإنه**) ش: عن صورة رجل له امرأة جاء بولده فقال ليس هو مني م: (**يلاعن ، لأن النسب لزمه بإقراره**) ش: يعني صار الولد ولده م: (**وبالنفي بعده**) ش: أي بقوله بعد الإقرار ليس هو مني م: (**صار قاذفًا فيلاعن**) ش: لأن معناه أن أمه زنت فولدته عن الزنا ، وكل قذف يوجب الحد إلا حد يوجب اللعان في قذف الزوج .

م: (**وإن نفاه ثم أقر به حد**) ش: أي وإن نفى ولده بأن قال ليس هو مني ثم أقر به بأن قال هو ابني بطل اللعان فوجب عليه حد القذف ، لأن الأصل في قذف المحصنات هو الحد م: (**لأنه لما أكذب نفسه بطل اللعان . لأنه حد ضروري صير إليه ضرورة التكاذب**) ش: أي تكاذب الزوجين ، لأن كل واحد منهما كاذب في زعم صاحبه ، لأن زعم الزوج أنها كاذبة في التكاذب الزنا وإن زعمت الزوجة أنه كاذب في القذف بالزنا ، ولهذا لو أقرت المرأة بالزنا لا يجب اللعان لعدم التكاذب وكذا إذا كذب الزوج نفسه بعدم التكاذب .

م: (**والأصل فيه**) ش: أي في القذف بالزنا م: (**حد القذف ، فإذا بطل التكاذب يصار إلى الأصل**) ش: وهو الحد ، وفيه خلاف ما ذكرناه في اللعان هذا ليس موجود في أكثر النسخ أي وفي نفي الحمل خلاف ذكره في باب اللعان ، وهو أن الزوج إذا قال لامرأته ليس حملك مني لا لعان عند أبي حنيفة - رحمه الله - خلافًا لهما م: (**والولد ولده في الوجهين**) ش: أي فيما إذا أقر أولاً ثم نفاه أو نفاه أولاً ثم أقر م: (**لإقراره به**) ش: أي لإقرار الزوج بالولد م: (**سابقًا**) ش: على النفي فيما إذا أقر بالولد ثم نفاه م: (**أو لاحقًا**) ش: بالنفي فيما إذا نفاه ثم أقر به م: (**واللعان يصح بدون قطع النسب كما يصح بدون الولد**) ش: هذا جواب عما يقال إن سبب اللعان كان نفي الولد ،

كما يصح بدون الولد . وإن قال : ليس بابني ولا بابنك فلا حد ، ولا لعان لأنه أنكر الولادة ، وبه لا يصير قاذفاً . ومن قذف امرأة ومعها أولاد لا يعرف لهم أب أو قذف الملاعنة بولد والولد حي أو قذفها بعد موت الولد ، فلا حد عليه لقيام أمارة الزنا منها ، وهي ولادة ولد لا أب له ، ففاتت العفة نظراً إليها ، وهي شرط الإحصان . ولو قذف امرأة لاعنت بغير ولد فعليه الحد لانعدام أمارة الزنا .

فلما لم ينتف الولد وجب أن لا يجري بينهما اللعان ، فأجاب بقوله واللعان يصح . . . إلى آخره . تقريره أنه ليس من ضرورة اللعان قطع النسب إليه ، لأنه ينفك عنه وجوداً وعدمًا، فاللعان شرع بلا ولد ، ألا ترى أنه إذا تطاولت المدة من حين الولادة ثم نفى يلاعن بينهما ولا ينقطع النسب ولو نفى نسب ولد امرأته الأمة ينتفي النسب ، ولا يجري اللعان إليه إشارة البزدوي .

م: (**وإن قال: ليس بابني ولا بابنك فلا حد ولا لعان ، لأنه أنكر الولادة ، وبه لا يصير قاذفًا**) ش: أي بإنكار الولادة لا يصير قاذفًا أمه ، لأنه أنكر الولادة أصل ، وذلك بعدم الزنا ، لأنه إذا لم يكن فيها كيف يتصور أن يتولد بزناها ، فإذا انتفى القذف فلا يجب الحد ولا اللعان بعد القذف .

م: (**ومن قذف امرأة ومعها أولاد لا يعرف لهم أب أو قذف الملاعنة بولد**) ش: بفتح العين، أي التي لوعنت بولد ، هكذا قال في «النهاية» ، ويجوز كسر العين ، معناه التي لاعنت بولدها وقد صرح بهذا في «الكافي» .

م: (**والولد حي**) ش: يتصل بالملاعنة م: (**أو قذفها بعد موت الولد ، فلا حد عليه لقيام أمارة الزنا منها**) ش: أي لقيام علامة الزنا منها ، أي من المرأة وهي .

أي قيام أمارة الزنا منها م: (**وهي ولادة ولد لا أب له ففاتت العفة نظراً إليها**) ش: أي إلى الأمارة م: (**وهي**) ش: أي العفة م: (**شرط الإحصان**) ش: أي شرط وجوب حد القذف ، وهي ثابتة فلا يجب الحد .

م: (**ولوقذف امرأة لاعنت بغير ولد**) ش: ذكره التمرتاشي وكذا الملاعنة بولد ثم أكذب الزوج نفسه ولزم الولد ثم قذفها قاذف م: (**فعليه الحد لانعدام أمارة الزنا**) ش: وأمارة الزنا قيام ولد لا أب له ولا ولد ها هنا ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد ، وجمهور العلماء -رحمهم الله ، ولا نعلم فيه خلافًا .

فإن قيل: اللعان قائم مقام حد الزنا في حقها ، فيكون أمارة الزنا ظاهرة ، فينبغي أن لا يحد قاذفها ، أجيب: بأن اللعان في جانبها قائم مقام حد الزنا بالنسبة إلى الزوج لا بالنسبة إلى غيره ، فكانت محصنة في حق الغير . ألا ترى أن اللعان قائم مقام حد القذف في حقه بالنسبة إليها لا بالنسبة إلى غيرها حتى قبلت شهادته . وقال الأترازي : قال بعضهم في شرحه في جواب السؤال المذكور اللعان قائم مقام حد القذف في حقه ، فبالنظر إلى هذا الوجه تكون المرأة محصنة ،

قال : ومن وطىء وطئاً حراماً في غير ملكه لم يحد قاذفه لفوات العفة وهي شرط الإحصان ، ولأن القاذف صادق . والأصل فيه أن من وطىء وطئاً حراماً لعينه لا يجب الحد بقذفه ، لأن الزنا هو الوطء المحرم لعينه . وإن كان محرماً لغيره يحد ، لأنه ليس بزنا ، فالوطء في غير الملك من كل وجه أو من وجه حرام لعينه ، وكذا الوطء في الملك والحرمة مؤبدة

فتعارض الوجهان فتساقطا .

فبقي القذف سالمًا عن المعارض ، فوجب الحد على القاذف ، انتهى .

قلت: أراد به صاحب «النهاية» ، ثم رد عليه بما لا يجري ، ثم قال : وقال بعضهم أيضًا وهو صاحب «النهاية» أيضًا بخط شيخي ، يعني الحافظ الكبير البخاري في جواب هذه الشبهة أن اللعان في جانبها قائم مقام حد الزنا ، لكن بالنسبة إلى الزوج لا إلى غيره إلى آخر ما ذكرنا في جواب السؤال المذكور ، ثم رد عليه بما لايجري .

م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**ومن وطئ وطئًا حرامًا في غير ملكه لم يحد قاذفه**) ش: لعدم شرط الموجب للحد ، وهو إحصان المقذوف ، أشار إليه بقوله م: (**لفوات العفة وهي شرط الإحصان**) ش: والإحصان معدوم لانعدام العفة عن الزنا م: (**ولأن القاذف صادق**) ش: في قذفه ، لأن المقذوف وطء ما لا يحل له فلا يحل القذف على الصدق ، وإنما يحد على الكذب .

م: (**والأصل فيه**) ش: أي في حد القذف وعدم الحد م: (**أن من وطئ وطئًا حرامًا لعينه**) ش: كالوطء في غير الملك من كل وجه ، وهو ظاهر ، ومن وجه كالوطء في الجارية المشتركة بينه وبين غيره . وهذا الوطء حرام بعينه لوقوعه زنًا ، لأن الوطء حصل في غير ملكه ، إلا أنه لا يجب حد الزنا على وطء الجارية المشتركة للشبهة م: (**لا يجب الحد بقذفه**) ش: أي بقذف هذا الوطء الحرام لعينه من كل وجه أو من كل وجه كما بينا م: (**لأن الزنا هو الوطء المحرم لعينه**) ش: سواء كان من كل وجه أو من وجه .

م: (**وإن كان**) ش: أي إن كان الوطء م: (**محرمًا لغيره**) ش: أي لغيره كوطء امرأته الحائض أو النفساء أو جاريته المجوسية أو أمته المزوجة أو المكاتبة أو الحرة التي ظاهر منها ، أو وطئ امرأته الصائمة ففي هذه الصورة م: (**يحد**) ش: قاذفه م: (**لأنه ليس بزنا**) ش: لعدم صدق حد الزنا عليه م: (**فالوطء في غير الملك من كل وجه أو من وجه حرام لعينه**) ش: وقد بينا الوجهين الآن .

م: (**وكذا**) ش: أي وكذا حرام بعينه م: (**الوطء في الملك والحرمة مؤبدة**) ش: أي والحال أن الحرمة على التأبيد ، كما إذا وطئ جاريته التي وطئها أبوه بعد ملك اليمين أو الشراء ، وهذا وطء محرم على التأبيد ، فصار كالزنا فلم يحد القاذف .

فإنه كالحرمة المؤقتة مثل وطء محرم على التأبيد مثل وطء الحائض أو أمثالها التي ذكرناها

فإن كانت الحرمة مؤقتة فالحرمة لغيره . وأبو حنيفة -رحمه الله- يشترط أن تكون الحرمة المؤبدة ثابتة بالإجماع أو بالحديث المشهور لتكون ثابتة من غيرتردد ، بيانه أن من قذف رجلاً وطئ جارية مشتركة بينه وبين آخر فلا حد عليه لانعدام الملك من وجه ، وكذا إذا قذف امرأة زنت في نصرانيتها لتحقق الزنا منها شرعًا لانعدام الملك ، ولهذا وجب عليها الحد

الآن م: (**فإن كانت الحرمة مؤقتة فالحرمة لغيره**) ش: لا بعينه .

م: (**وأبو حنيفة - رحمه الله - يشترط أن تكون الحرمة المؤبدة ثابتة بالإجماع**) ش: كموطوءة أبيه بالنكاح أو بملك اليمين ، ثم اشتراها الابن فوطئها فلا يحد قاذفه لسقوط إحصان الواطء بالوطء على التأبيد بالإجماع .

وكذلك إذا تزوج أختين أو تزوج امرأة وعمتها أو خالتها أو تزوج أمة على حرة أو جمعهما في العقدة فوطئها فلا حد على قاذفه لما قلنا م: (**أو بالحديث المشهور**) ش: أو تكون الحرمة المؤبدة ثابتة بالحديث المشهور ، وهو قوله ﷺ : «لا نكاح إلا بشهود» ، وكل الشراح ذكروا أن الحديث المشهور الذي ذكره المصنف - رحمه الله - هو قوله عليه الصلاة والسلام : « لا نكاح إلا بشهود» ، وقد ذكرنا في أول النكاح أن هذا الحديث غريب بهذا اللفظ .

واستيفاء الكلام فيه هناك م: (**لتكون ثابتة من غير تردد**) ش: أي ليكون ثابتًا من غير تردد ويكون الحد ثابتًا من غير تردد .

م: (**بيانه**) ش: أي بيان الأصل المذكورفي المسائل يذكرها بعد م: (**أن من قذف رجلاً وطء جارية مشتركة بينه وبين آخر فلا حد عليه**) ش: أي على قاذفه م: (**لانعدام الملك من وجه**) ش: لأنه في نصيب الشريك زان ، فيصير القاذف صادقًا في كلامه من وجه . والقذف سقط بالشبهة والإحصان كما يزول بالزنا من وجه ، وعند مالك -رحمه الله - يحد .

م: (**وكذلك إذا قذف امرأة**) ش: أي وكذلك لا حد على القاذف إذا قذف امرأة م: (**زنت في نصرانيتها**) ش: ثم أسلمت وقذفها إنسان م: (**لتحقق الزنا منها**) ش: لأن الزنا حرام في الأديان كلها ، والكفار مخاطبون بالعقوبات م: (**شرعًا**) ش: أي من حيث الشرع م: (**لانعدام الملك**) ش: وهو ظاهر . وفي « المبسوط » وقذف مسلمًا زنى في حال كفره في دارالحرب أو في دارنا لم يحد قاذفه ، لأن الزنا يتحقق من الكافر وإن لم يقم عليه الحد فيكون القاذف صادقًا ، فكان التقيد بالنصرانية اتفاقيًا .

وعند مالك وأحمد والشافعي - رحمهم الله - في وجه يحد ، لأنه قذفه في حال كونه مسلمًا محصنًا لعموم الآية . قلنا قاذفه صادق لما قلنا ، وإنما ترتفع بالإسلام الاسم دون حقيقة الزنا م: (**ولهذا**) ش: أي ولأجل تحقق الزنا من الكفار م: (**وجب عليها الحد**) ش: أي حد الزنا .

ولو قذف رجلاً أتى أمته وهي مجوسية أو امرأته وهي حائض أو مكاتبة له فعليه الحد ، لأن الحرمة مع قيام الملك ، وهي مؤقتة ، فكانت الحرمة لغيره فلم يكن زنا، وعن أبي يوسف -رحمه الله- أن وطء المكاتبة يسقط الإحصان ، وهو قول زفر -رحمه الله- لأن الملك زائل في حق الوطء ، ولهذا يلزمه العقر بالوطء ، ونحن نقول ملك الذات باق ، والحرمة لغيره إذ هي مؤقتة . ولو قذف رجلاً وطئ أمته وهي أخته من الرضاعة لا يحد ، لأن الحرمة مؤبدة ، وهذا هو الصحيح . ولو قذف مكاتباً ومات وترك وفاء لا حد عليه ؛ لتمكن الشبهة في الحرية لمكان اختلاف الصحابة -رضي الله عنهم-

---

م: (**ولو قذف رجلاً أتى أمته وهي مجوسية**) ش: أي والحال أن هذه مجوسية م: (**أو امرأته**) ش: أي امرأته وجامعها م: (**وهي حائض**) ش: أي والحال أنها حائض م: (**أو مكاتبة له**) ش: أي أو وطئ مكاتبة له أي للواطئ م: (**فعليه الحد ، لأن الحرمة مع قيام الملك ، وهي مؤقتة**) ش: أي والحرمة مؤقتة[. . .] والعار على شرف الزوال م: (**فكانت الحرمة لغيره فلم يكن زنا**) ش: لأن الزنا وطء لم يلاق مالك .

م: (**وعن أبي يوسف - رحمه الله - أن وطء المكاتبة يسقط الإحصان ، وهو قول زفر - رحمه الله لأن الملك زائل في حق الوطء ، ولهذا**) ش: أي ولأجل زوال الملك في حق الوطء م: (**يلزمه العقر**) ش: أي مهر المثل م: (**بالوطء ، ونحن نقول ملك الذات**) ش: أي ذات المكاتبة م: (**باق ، والحرمة لغيره**) ش: لا بعينه م: (**إذ هي مؤقتة**) ش: غير مؤبدة ، فإن الحرمة تزول بعجزها عن المكاتبة وردوها إلى الرقبة .

م: (**ولو قذف رجلاً وطئ أمته وهي أخته**) ش: أي والحال أنها أخته م: (**من الرضاعة لا يحد**) ش: أي القاذف م: (**لأن الحرمة مؤبدة ، وهذا هو الصحيح**) ش: قيد به لأنه ظاهر الرواية، واحترز به عن رواية الكرخي أنه لا يسقط الحد عن القاذف ، لأنه وطء في ملك مقارنة التحريم فيه لا يسقط الإحصان كوطء المرأة الحائض والمحرمة والأمة المجوسية والمزوجة والتي ظاهر منها .

ولنا أن الحرمة مؤبدة في المقيس ، ومؤقتة في المقيس عليه ، ولا شك أن المقيس عليه أدنى حالاً من المقيس فلا يصح القيام لعدم المماثلة ، فجاز أن يسقط الإحصان في الحرمة الأعلى دون الأدنى .

م: (**ولو قذف مكاتبًا ومات وترك وفاء لا حد عليه**) ش: صورته في «الجامع الصغير» لمحمد - رحمه الله - عن يعقوب عن أبي حنيفة - رحمه الله - في الكافر يموت ويترك فيؤدى وفاء كتابته ويقيم ما بقي بين ورثته الأحرار ثم يقذفه إنسان قال : لا حد على قاذفه أبداً م: (**لتمكن الشبهة في الحرية لمكان اختلاف الصحابة - رضي الله عنهم -**) ش: فإنهم اختلفوا في حر أو عبد فقال بعضهم مات حراً وهو مذهب علي وعبد الله بن مسعود-رضي الله عنه - ، وقال بعضهم مات عبداً ،

ولو قذف مجوسياً تزوج بأمه ثم أسلم يحد عند أبي حنيفة -رحمه الله- وقالا : لا حد عليه ، وهذا بناء على أن تزوج المجوسي بالمحارم له حكم الصحبة فيما بينهم عنده، خلافاً لهما ،وقد مر في النكاح . وإذا دخل الحربي دارنا بأمان فقذف مسلماً حد ، لأن فيه حق العبد وقد التزم إيفاء حقوق العباد ، ولأنه طمع في أن لا يؤذى فيكون ملتزماً أن لا يؤذي . وموجب أذاه الحد . وإذا حد المسلم في قذف سقطت شهادته وإن تاب ، وقال الشافعي -رحمه الله- تقبل إذا تاب ، وهي تعرف في الشهادات . وإذا حد الكافر في قذف لم تجز شهادته على أهل الذمة ، لأن له الشهادة على جنسه ، فترد

وهو مذهب زيد بن ثابت -رضي الله عنه - ، فاختلافهم أورث شبهة في حد القاذف فقط .

م: (**ولو قذف مجوسيًا تزوج بأمه ثم أسلم يحد عند أبي حنيفة -رحمه الله . وقالا: لا حد عليه**) ش: أي على قاذفه .

م: (**وهذا**) ش: أي وهذا الخلاف م: (**بناء**) ش: أي مبني م: (**على أن تزوج المجوسي بالمحارم له حكم الصحة فيما بينهم عنده**) ش: أي عند أبي حنيفة - رحمه الله - م: (**خلافًا لهما**) ش: أي لأبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - م: (**وقد مر في النكاح**) ش: أي في باب نكاح أهل الشرك ، وبقولهما قالت الثلاثة .

م: (**وإذا دخل الحربي دارنا بأمان فقذف مسلمًا حد**) ش: بإجماع الأئمة الأربعة م: (**لأن فيه**) ش: أي في حد القذف م: (**حق العبد ، وقد التزم**) ش: أي الحربي المستأمن م: (**إيفاء حقوق العباد**) ش: وكان أبو حنيفة - رحمه الله - أولاً يقول لا يحد المغلب فيه حق الله تعالى ، فكان بمنزلة حد الزنا ثم رجع .

م: (**ولأنه**) ش: أي ولأن الحربي م: (**طمع في أن لا يؤذى**) ش: بفتح الذال على صيغة المجهول م: (**فيكون ملتزمًا أن لا يؤذي**) ش: بكسر الذال على صيغة المعلوم م: (**وموجب**) ش: بفتح الجيم م: (**أذاه**) ش: إذا أراه الحد وهو حد القذف .

م: (**وإذا حد المسلم في قذف سقطت شهادته وإن تاب . وقال الشافعي - رحمه الله - تقبل إذا تاب**) ش: وبه قال مالك والليث وعثمان - رحمهم الله - ، والمحدود في الزنا والشرب أو السرقة تقبل شهادته بالاتفاق إلا عند الحسن بن حي والأوزاعي - رحمهما الله .

فإن كان عندهما لا تقبل شهادته من حد في الإسلام في قذف أو غيره أبداً ، كذا ذكره أبو بكر الرازي في« شرح الطحاوي» م: (**وهي تعرف في الشهادات**) ش: أي هذه المسألة الخلافية تعرف في كتاب الشهادات .

م: (**وإذا حد الكافر في قذف لم تقبل شهادته على أهل الذمة ، لأن له الشهادة على جنسه فترد تتمة**

تتمة لحده ، فإن أسلم قبلت شهادته عليهم وعلى المسلمين ، **لأن هذه شهادة استفادها بعد الإسلام** فلم تدخل تحت الرد ، بخلاف العبد إذا حد حد القذف ، ثم أعتق حيث لا تقبل شهادته ، لأنه لا شهادة له أصلاً في حال الرق ، فكان رد شهادته بعد العتق من تمام حده ، فإن ضرب سوطاً في قذف ثم أسلم ثم ضرب ما بقي جازت شهادته ، لأن رد الشهادة متمم للحد ، فيكون صفة له ، والمقام بعد الإسلام بعض الحد ، فلا يكون رد الشهادة صفة له . وعن أبي يوسف -رحمه الله- أنه ترد شهادته إذ الأقل تابع للأكثر

لحده ، فإن أسلم قبلت شهادته عليهم) ش: أي على أهل الذمة م: (وعلى المسلمين، لأن هذه شهادة استفادها بعد الإسلام ، فلم تدخل تحت الرد) ش: يعني هذه الشهادة غير تلك الشهادة الموجودة ، إذ بالإسلام حصل له عدالة الإسلام ، فلما كانت هذه غيرها ولم يلحقها قبلت على أهل الإسلام ، ثم على أهل الذمة تبعًا لهم .

م: (بخلاف العبد) ش: جواب عما يقال العبد إذا قذف فضرب الحد ثم أعتق لا تقبل شهادته ، فكيف قبلت شهادة الكفر إذا أسلم فأجاب بقوله بخلاف العبد م: (إذا حد حد القذف ثم أعتق حيث لا تقبل شهادته ، لأنه) ش: أي لأن العبد م: (لا شهادة له أصلاً في حال الرق ، فكان رد شهادته بعد العتق من تمام حده) ش: بيانه أن العبد لا شهادة له أصلاً في حال رقه ، فلا بد في حد القذف رد الشهادة ، وإنما يحصل شهادة العبد بعد العتق فيرد ، لأنه تتمة الحد . أما الكفر فله شهادة على جنسه فرد بالحد ثم بعد الإسلام حدثت شهادة أخرى لم يلحقها رد فقبلت .

م: (قال) ش: أي محمد - رحمه الله - في« الجامع الصغير» م: (وإن ضرب سوطًا) ش: أي وإن ضرب القاذف الكافر سوطًا م: (في قذف ثم أسلم ثم ضرب ما بقي جازت شهادته ، لأن رد الشهادة متمم للحد ، فيكون صفة له) ش: أي للحد م: (والمقام) ش: بضم الميم ، أي الذي يقام م: (بعد الإسلام بعض الحد ، فلا يكون رد الشهادة صفة له) ش: أي للحد واعترض بأن المقام بعد الإسلام إن كان بعض الحد ، فالمقام قبل الإسلام كذلك . فكان لا يكون رد الشهادة صفة لما أقيم بعد الإسلام كذلك لا يصح أن يكون صفة لما أقيم بعد الإسلام بل جعل صفة لما أقيم بعد الإسلام أولى ، لما أن العلة إذا كانت ذات وصفين ، فاعتبار وصف الأخير على ما عرف في موضعه .

والجواب : أما لم يجعل الرد صفة لا للقيام قبل الإسلام ولا للمقام للقيام بعده . وإنما قلنا إن الرد صفة للحد ، والحد ثمانون ، فلم يوجد ، فلم يترتب القيمة . وقيل في الجواب : النص ورد بالأمر بالحد والنهي عن قبول الشهادة ، وكل واحد منهما غير مرتب على الآخر نصًا فيتعلق كل واحد منهما لما يمكن ، والممكن زمان التي رد شهادة قائمة للحال فيتقيد به . م: (وعن أبي يوسف- رحمه الله - أنه ترد شهادته إذ الأقل تابع للأكثر) ش: الأقل هو المبسوط الموجود قبل الإسلام ،

والأول أصح . قال : ومن قذف أو زنى أو شرب غير مرة فحد ، فهو لذلك كله ، أما الآخران

والأكثر هو الموجود في الإسلام أعني تسعة وسبعين سوطًا ، فصار كأن الثمانين وجد بعد الإسلام وهذه رواية عن أبي حنيفة - رحمه الله - وقال الفقيه أبو الليث - رحمه الله - في شرح « الجامع الصغير » روي عن أبي حنيفة - رحمه الله - في هذا ثلاث روايات روي عنه إذا ضرب سوطًا في الإسلام لا تقبل شهادته ، وعنه إذا ضرب الأكثر في الإسلام بطلت شهادته ، وعنه ما لم يضرب كل في الإسلام لا تبطل شهادته ، وهو المعروف وهو قول أبي يوسف - رحمه الله - ومحمد - رحمه الله . وكذا إذا ضرب المسلم بعض الحد ثم يضرب فيه ثلاث روايات في ظاهر الروايات ما لم يضرب جميع الحد لا تبطل شهادته . وفي رواية يبطل بضرب سوط . وفي رواية لا يبطل ما لم يضرب الأكثر م: (**والأول أصح**) ش: أي جواز الشهادة .

م: (**قال**) ش: أي محمد - رحمه الله - في « الجامع الصغير » م: (**ومن شرب أو زنى أو قذف غير مرة**) ش: أي شرب غير مرة أو زنى غير مرة أو قذف غير مرة قوله غير مرة ليس بقيد لقوله أو قذف وحده بل للكل م: (**فحد فهو لذلك كله**) ش: أي فهذا الحد يقع للجميع كله ، وبه قال مالك والثوري وابن أبي ليلى والشعبي والزهري والنخعي وقتادة وحماد وطاووس وأحمد - رحمهم الله - في رواية والشافعي - رحمه الله - في قول .

وفي «المبسوط» : ولو قذف الجماعة بكلمة واحدة بأن قال إنها الزنات أو كلمات متفرقة بأن قال : يا زيد أنت زان ، ويا عمرو أنت زان ، ويا خالد انت زان لا يقام عليه إلا حد واحد عندنا . وعند الشافعي - رحمه الله - إن قذفهم بكلام واحد فكذلك الجواب . ولو قذفهم بكلمات أو لواحد مرات يجب لكل قذف حد عنده ، وبه قال أحمد - رحمه الله - في راوية . أما الأولان قال الكاكي - رحمه الله - أما الأولان أي حد الشرب وحد الزنا قال الأترازي : الأخريان ، وهذه نفي النسخة الصحيحة تحقيقًا وسماعًا . وفي بعض النسخ قال : أما الأول فذاك ليس بشيء أما التفصيل لأنه ذكر أولاً ثلاثة أشياء : القذف ، والزنا ، والشرب على الترتيب ، ثم قال الأخريان ، وأراد بهما الزنا والشرب ، انتهى .

قلت: ما حمله على هذا الكلام إلا أن نسخة كانت هكذا ومن قذف أو زنى أو شرب فكذلك مع أن يقال أما الأولان بل الصحيح أما الأولان النسخة الصحيحة ومن شرب أو زنى أو قذف مسلمًا ذكرنا ، وكذا كانت نسخة شيخنا علاء الدين الذي كان آية تحقيق «الهداية » ، وكذلك كلام الكاكي - رحمه الله - يشير إلى هذا . ومع هذا قال الأترازي : لو قال المصنف - رحمه الله م: (**أما الآخران**) ش: بلفظ بالبدل التذكير سور الخاء لكان أولى لأن الزنا والشرب مذكور ، فيصح اللفظ ، بل تأويل يعني ما قال يحتاج إلى التأويل بأن يقال العلتان الأخريان أو الخصلتان ، انتهى .

فلأن المقصد من إقامة الحد حقاً لله تعالى الانزجار واحتمال حصوله بالأول قائم فيتمكن شبهة فوات المقصود في الثاني ، وهذا بخلاف ما إذا زنى وقذف وسرق وشرب، لأن المقصود من كل جنس غير المقصود من الآخر ، فلا يتداخل . وأما القذف فالمغلب فيه عندنا حق الله فيكون ملحقاً بهما . وقال الشافعي -رحمه الله- : إن اختلف المقذوف به وهو الزنا لا يتداخل ، لأن المغلب فيه حق العبد عنده .

قلت: لو كانت نسخة مثلها ذكرنا لما احتاج إلى هذه التكلفات م: (**فلأن المقصد من إقامة الحد حقًا لله تعالى الانزجار**) ش: أي فلأن القصد الكلي من إقامة الحد حال كونه حق لله تعالى أو لأجل حق الله تعالى يحصل الانزجار للمقذوف حتى لا يباشره في المستقيد ويرتدع أيضًا .

م: (**واحتمال حصوله**) ش: أي حصول المقصد ، وهو الانزجار م: (**بالأول**) ش: أي بالحد الأول م: (**قائم فيتمكن شبهة فوات المقصود في الثاني**) ش: أي في الحد الثاني ، حاصله أن الثاني يتعطل عما هو المقصود ، وهو الانزجار والحدود تندرئ بالشبهات ، بخلاف ما إذا زنى فحد ، ثم زنى يجب حد آخر للنفس المتيقن بعد الانزجار . م: (**وهذا بخلاف ما إذا زنى وقذف وسرق وشرب، لأن المقصود من كل جنس**) ش: من هذه الأشياء م: (**غير المقصود من الآخر**) ش: فحد الزنا لصيانة الإنسان ، وحد القذف لصيانة الأعراض وحد السرقة لصيانة الأموال وحد الشرب لصيانة العقول . وإذا كان الأمر كذلك م: (**فلا يتداخل**) ش: بل يقام لكل واحد منهما ما يقتضي حده .

م: (**وأما القذف فالمغلب فيه حق الله تعالى عندنا ، فيكون ملحقًا بهما**) ش: أي بحد الزنا والشرب ، قاله الأترازي . وقال الكاكي - رحمه الله - : ملحقًا بهما ، أي بحد الزنا والسرقة . قلت: المذكور بغير لفظ قذف ثلاثة ، فكيف يرجع ضمير التثنية إلى الثلاثة، والظاهر أن قوله بهما يرجع إلى السرقة والشرب ، لأنهما أقرب المذكور .

م: (**وقال الشافعي - رحمه الله - إن اختلف المقذوف**) ش: كزيد وعمرو م: (**والمقذوف به**) ش: أي واختلف المقذوف كقذف زيد بزناه من مختلفين . قال تاج الشريعة - رحمه الله - يعني زنيت بفلانةثم قال : زنيت بفلانة الأخرى م: (**وهو الزنا**) ش: أي المقذوف به هو الزنا م: (**لا يتداخل لأن المغلب فيه**) ش: أي في الزنا م: (**حق العبد عنده**) ش: أي عند الشافعي وقد مر الكلام فيه .

فروع : لو قال فجرت بفلانة أو قال جامعتها حرامًا لا حد عليه لم يقذفها بالزنا، لأن الجماع يكون نكاح فاسد . ولو قال لامرأة زنيت بحمار أو بعير أو ثور لا يحد ، لأن معناه أولج فيك حمار . ولو صرح لا يحد . لو قال : زنيت بناقة أو بدراهم أو شرب يحد ، لأن معناه زنيت وأخذ هذا . ولو قال : هذا الرجل لا يحد كل هذه من المسائل .

* * *

فصل في التعزير

ومن قذف عبداً أو أمة أو أم ولد أو كافراً بالزنا عزر ، لأنه جناية قذف وقد امتنع وجوب الحد لفقد الإحصان ، فوجب التعزير

م: **(فصل في التعزير)**

ش: أي هذا فصل في بيان حكم التعزير ، والتعزير تأديب ، وهو الحد من أعزر وهو الردع ، ويجيء التعزير بمعنى التعظيم ، والضمير كما في قوله تعالى: ﴿ **واضربوهن** ﴾ (النساء : الآية ٣٤) ، أمر بضرب الزوجات تأديبًا وتهذيبًا ، وبالنية قال عليه السلام : «**لا ترفع عصاك عن أهلك**». وروي أنه عليه السلام عزر رجلاً قال لغيره: يا مخنث ، وعنه عليه السلام قال : « من علق سوطه حيث يراه أهله » ، وبإجماع الصحابة - رضي الله عنهم - وبالمعنى وهو أن الزجر عن الجنايات وهي الأفعال واجب تعليلاً لها والتقدير صالح الزجر فيكون شروعًا .

وذكر التمرتاشي عن الوصي وليس فيه شيء مقدر بل يفوض إلى رأي القاضي لأن المقصود منه الزجر ، وأحوال الناس مختلفة فيه . فمنهم من يزجر بالنصيحة ومنهم من يحتاج إلى اللطمة وإلى الضرب . ومنهم من يحتاج إلى الحبس ، وبه قالت الأئمة الثلاثة - رحمهم الله - .

وقال الشافعي - رحمه الله - : التعزير على مرات التعزير أشراف الأشراف ، وهما العلماء والعلوم وبالإعلام ، وهو أن يقول له القاضي ، بلغني أنك تفعل كذا ، فلا يفعل فيسير جوابه ، وتعزير الأشراف وهم الأمراء ، والدنيا بالإعلام والجذب إلى باب القاضي والخصومة في ذلك .

وتعزير الأوساد وهم السوقة بالأعلام والحر والحبس وتعزير الأحياء بهذا كله ، وبالضرب عن أبي يوسف - رحمه الله - يجوز تعزير السلطان بأخذ المال عندنا والشافعي - رحمه الله - ومالك وأحمد - رحمهما الله - لا يجوز بأخذ المال . وعن التمرتاشي يجوز إقامة التعزير الذي يجب حقًا لله تعالى . فكل أحد فعليه النيابة .

وسئل الهمداني - رحمه الله - عمن وجد رجلاً مع امرأة أيحل له قتله ؟ قال: إن كان يعلم أنه ينزجر عن الزنا بالصياح والضرب بما دون السلاح . وإن علم أنه لا ينزجر إلا بالقتل حل له قتله ،وإن طاوعته المرأة يحل قتلها أيضًا .

وقال التمرتاشي : وهذا تنصيص على أن التعزير يملكه الإنسان ، وإن لم يكن مما صرح في «المنتقى» بذلك ، بهذا يجوز للمولى أن يعزر عبده أو أمته .

م: (**ومن قذف عبداً أو أمة أو أم ولد أو كافراً بالزنا عزر**) ش: هذه مسألة القدوري . وقال المصنف - رحمه الله - م: (**لأنه جناية قذف ، وقد امتنع وجوب الحد لفقد الإحصان ، فوجب التعزير**) ش: بإجماع الأئمة الأربعة - رحمهم الله - وأكثر العلماء .

وكذا إذا قذف مسلماً بغير الزنا فقال: يافاسق أو يا كافر أو يا خبيث أو يا سارق ، لأنه أذاه وألحق الشين به ، ولا مدخل للقياس في الحدود ، فوجب التعزير، إلا أنه يبلغ بالتعزير غايته في الجناية الأولى ، لأنه من جنس ما يجب به الحد . وفي الوجه الثاني الرأي إلى الإمام . ولو قال : يا حمار أو يا خنزير لم يعزر ، لأنه ما ألحق الشين به للتيقن بنفيه .

وعن داود يجب الحد على قاذف العبد . وعن ابن المسيب وابن أبي ليلى : يحد قاذف ذمية لها ولد مسلم .

م: (**وكذا**) ش: أي وكذا يجب التعزير م: (**إذا قذف مسلمًا بغير الزنا فقال يا فاسق أو يا كافر أو يا خبيث أو يا سارق ، لأنه أذاه وألحق الشين به**) ش: وكذا لو قال : يا نصراني أو يا ابن النصراني أو يا لوطي ، أو يا من يعمل عمل قوم لوط ، أو يا من يلعب بالصبيان ، يا آكل الربا ، يا شارب الخمر ، يا ديوث ، يا فاجر ، يا منافق ، يا مخنث ، يا خائن ، يا ابن القحبة ، يا زنديق ، يا قرطبان ، يا مأوى الزواني أو اللصوص عزر في ذلك كله .

وفي يا لوطي سئل عن نيته ، إن أراد به أنه من قوم لوط فلا شيء عليه ، وإن أراد أنه يعمل عمل قوم لوط إما فاعلاً أو مفعولاً به فعليه الحد عند أبي يوسف - رحمه الله- ومحمد وأحمد ومالك والشافعي والحسن والنخعي والزهري وأبي ثور - رحمهم الله- ، لأنه قذف بما يوجب الحد ، كما لو قذفه بالزنا .

وعند أبي حنيفة - رحمه الله - لا حد عليه ويعزر ، وبه قال قتادة وعطاء . والصحيح أنه إذا كان عفيفًا يعذر . و في «فتاوى الولوالجي » ولو قال: يا فاجر أو يا ابن الفاجرة الفاسقة عليه التعزير فقط .

م: (**ولا مدخل للقياس في الحدود ، فوجب التعزير**) ش: أراد أنه لم يأت نص بالحد في الأشياء المذكورة . وفي القياس ليس له دخل في الحدود ، لأنها من المقدمات الشرعية ، فإذا كان كذلك وجب التعزير لأجل الردع كما ذكرناه عن قريب .

م: (**إلا أنه**) ش: أي عين أن الشأن م: (**يبلغ**) ش: من التبليغ فيتبعه المجهول م: (**بالتعزير غايته في الجناية الأولى**) ش: أي فيما إذا قذف غير المحصن بالزنا م: (**لأنه**) ش: أي لأن القذف بالزنا م: (**من جنس ما يجب به الحد**) ش: أي في المحصن .

م: (**وفي الوجه الثاني**) ش: أي فيما إذا قذف المحصن ، يعني الزنا كالفسق والكفر م: (**الرأي إلى الإمام**) ش: يرى فيه بما يقتضيه حال القاذف وحال القذف .

م: (**ولو قال يا حمار أو يا خنزير لم يعزر ، لأنه ما ألحق الشين به للتيقن بنفيه**) ش: فإنه يعلم أنه آدمي ، وليس بحمار ، وإن القاذف كاذب ، وكذا لو قال يا معز ، أو يا بقر ، أو يا خنزير ، أو يا

وقيل في عرفنا يعزر ، لأنه يعد سباً . وقيل: إن كان المسبوب من الأشراف كالفقهاء والعلوية يعزر ، لأنه يلحقهم الوحشة بذلك ، وإن كان من العامة لا يعزر ، وهذا حسن . والتعزير أكثره تسعة وثلاثون سوطاً ، وأقله ثلاث جلدات . وقال أبو يوسف -رحمه الله- يبلغ التعزير خمساً وسبعين سوطاً

دب ، أو يا حجام ، أو يا مؤاجر ، أو يا عيار ، أو يا ماكر ، أو يا سكوين، أو يا سخرة ، أو يا ضحكة ، أو يا بمجال ، أو يا ولد الحرام ، أو يا أبله ، لم يعزر ، وقيل يعزر وبه قالت الثلاثة .

وقال في «الأجناس» : لو قال يا ابن القرطبان عليه التعزير ، لأنه هو الذي يعم رجلاً بامرأته رجاء أن يصيب منه مالاً . قال : قوله بقرطبان الذي يرجو أن يدخل الرجال على نسائه . وقال القرطبان والكحان لم أرهما في كلام العرب ومعناهما عند العامة مثل الديوث أو قريبًا منه والديوث الذي يدخل الرجل على امرأته ، ولهذا قال أحمد في الكحان : يعزر ، وبه قال أصحابنا. ولو قال يا بليد ، يا قذر يعزر . ولو قال: يا سفيه يعزر، ولو قال يا ابن الأسود وأبوه ليس كذلك ، أو قال : أنت حجام أو أنت مفسد ، أو قال: قول الهند « أوان لأنه بعديا » . .

م: (**وقيل: في عرفنا يعزر ، لأنه يعد سبًا**) ش: أي لأن قوله يا حمار أو يا خنزير يعد سبًا ، أي شتمًا م: (**وقيل إن كان المسبوب من الأشراف كالفقهاء والعلوية يعزر ، لأنه يلحقهم الوحشة بذلك ، وإن كان**) ش: أي المسبوب م: (**من العامة لا يعزر ، وهذا**) ش: أي وهذا القول م: (**حسن**) ش: وهو قول المصنف - رحمه الله .

م: (**والتعزير أكثره تسعة وثلاثون سوطًا ، وأقله ثلاث جلدات**) ش: وبه قال الشافعي -رحمه الله - في آخره . وقال : في العبد تسعة عشر سوطًا . وقال مالك - رحمه الله - : لا حد لأكثره فيجوز للإمام أن يزيد التعزير على الحد إذا رأى المصلحة في ذلك ، لما روي أن معن بن زائدة عمل خاتمًا على نقش خاتم بيت المال ، ثم جاء به لصاحب بيت المال فأخذ منه مالاً فبلغ عمر - رضي الله عنه- فضربه مائةوحبسه وكلم فيه فضربه مائة أخرى ، فكلم فيه من بعد فضربه مائة أخرى ونفاه . وروى أحمد بإسناده أن عليًا - رضي الله عنه - أتى بالنجاشي قد شرب خمرًا في رمضان فجلده ثمانين للشرب ،وعشرين سوطًا لفطره في رمضان . ولنا قوله عليه السلام من بلغ حدًا في حد غيره حد ، فهو من المعتدين ، ويجيء الآن . وحديث معن يحتمل أنه كانت له ذنوب كثيرة فأدب على حيضها أو تكرر منه ، أو كان ذنبه مهملاً على باب أحدهما تزوير والثاني أخذ المال من بيت المال بغير حقه . والثالث فتحه باب هذه الحيلة لغيره ، وغير هذا. وأما حديث النجاشي فأن عليًا - رضي الله عنه - ضربه الحد لشربه ثم عزره عشرين .

م: (**وقال**) ش: أبو يوسف - رحمه الله - م: (**يبلغ التعزير خمسًا وسبعين سوطًا**) ش: وهذا ظاهر الرواية عن أبي يوسف - رحمه الله - ألا ترى ما نقل صاحب « الأجناس » عن الحدود -

والأصل فيه قوله عليه السلام : «من بلغ حداً في غير حد فهو من المعتدين » .

الأصل : لا في التعزير ويضرب المضروب قائمًا ، وأقله ثلاثة وأكثره تسعة وثلاثون لا يبلغ أربعين سوطًا في قول أبي حنيفة - رحمه الله - ومحمد -رحمه الله .

وقال أبو يوسف - رحمه الله - : يبلغ عنه خمسة وسبعين سوطًا ، ثم قال في «نوادر» هشام عن أبي يوسف - رحمهما الله - : تسعة وسبعين سوطًا، لكن هذا في تعزير الحر . وأما في تعزير العبد قول أبي يوسف - رحمه الله - ينقص خمسة عن أربعين ، كذا ذكره صاحب «التحفة» .

وقول محمد - رحمه الله - في ظاهر الرواية مع أبي حنيفة - رحمه الله - وفي رواية قوله مع أبي يوسف كذا ذكره في «المختلف» وقول زفر - رحمه الله - مثل قول أبي يوسف - رحمه الله - في «النوادر» . وذكر في «شرح الأقطع » زفر - رحمه الله - مثل قول محمد - رحمه الله .

م: (والأصل فيه) ش: أي في هذا الباب م: (قوله عليه السلام) ش: أي قول النبي ﷺ « من بلغ حداً في غير حد فهو من المعتدين» هذا الحديث أخرجه البيهقي[1] - رحمه الله - عن خالد بن الوليد - رضي الله عنه - عن النعمان بن بشير . وقال في « المحصول » مرسل، ورواه محمد بن الحسن - رحمه الله - في كتاب « الآثار » مرسلاً .

وقال في «التنقيح» رواه ابن ماجة في « سننه »حدثنا محمد بن حصين الأصبحي ثنا عمرو بن علي المقدمي حدثنا معمر عن خالد بن الوليد عن النعمان بن بشير قال: قال رسول الله ﷺ من بلغ . . . الحديث . قوله : من بلغ قال صاحب «النهاية» : بلغ بالتخفيف هو السماع ، وهكذا ذكر في «الفوائد الظهيرية» . فإنه قال بلغ بالتخفيف ، أي كما في بلغ المكان، أي إياه ، فصار تقدير الحديث من أتى أحداً في موطن لا يجب الحد فهو من المعتدين . وهكذا نقل عن العلامة شمس الأئمة الكردي - رحمه الله - ، هكذا ذكر في «الكافي» . وفي «المغرب» : التنقيل إن صح على حذف المفعول الأول كما في قوله عليه السلام «فليبلغ الشاهد الغائب » . وقوله تعالى : ﴿ بلغ ما أنزل إليك من ربك ﴾ (المائدة : الآية ٦٧) ، على حذف المفعول الثاني . والتعزير من بلغ التعزير حداً وإنما حسن الحذف لدلالة قوله عليه السلام في غير حد ولهذا قالوا لا يجوز تبلغ غير الحد . وقيل التخفيف أولى لعدم الحاجة إلى الإضمار . وفي « الفوائد المختارية » بالتشديد معناه أن لا يبلغ الحد غير الحد، وهذا غير مستقيم، وفيه تأمل ، لأن هذا على تقدير حذف المفعول الثاني . فأما على تقدير حذف المفعول الأول كما ذكر في « المغرب» مستقيم .

---

(١) السنن الكبرى للبيهقي (٨/ ٣٢٧) .

وإذا تعذر تبليغه حداً ، فأبو حنيفة ومحمد -رحمهما الله- نظرا إلى أدنى الحد ، وهو حد العبد في القذف ، فصرفاه إليه وذلك أربعون ، فنقصا منه سوطاً . وأبو يوسف -رحمه الله- اعتبر أقل الحد في الأحرار ،إذ الأصل هو الحرية ، ثم نقص سوطاً في رواية عنه ، وهو قول زفر -رحمه الله- وهو القياس . وفي هذه الرواية نقص خمسة ، وهو مأثور عن علي -رضي الله عنه- فقلده ثم قدر الأدنى في الكتاب بثلاث جلدات ، لأن ما دونها لا يقع به الزجر . وذكر مشايخنا -رحمهم الله- أن أدناه على ما يراه الإمام يقدر بقدر ما يعلم أنه ينزجر ، لأنه يختلف باختلاف الناس .

م: (وإذا تعذر تبليغه حداً) ش: أي تبليغ التعزير ، حداً هو منصوب على أنه مفعول المصدر المضاف إلى فاعله م: (فأبو حنيفة ومحمد - رحمهما الله - نظرا إلى أدنى الحد ، وهو حد العبد في القذف ، فصرفاه إليه) ش: أي صرف أبو حنيفة ومحمد - رحمهما الله - التعزيز إلى حد العبد م: (وذلك) ش: أي حد العبد في القذف م: (أربعون ، فنقصا منه) ش: أي من الأربعين م: (سوطًا) .

م: (وأبو يوسف - رحمه الله - اعتبرأقل الحد في الأحرار ، إذ الأصل هو الحرية ، ثم نقص سوطًا في رواية عنه) ش: أي عن أبي يوسف - رحمه الله - م: (وهو قول زفر - رحمه الله-) ش: أي نقص السوط الذي هو رواية عن أبي يوسف - رحمه الله - قول زفر - رحمه الله - م: (وهو القياس) ش: لأن الحاجة ماسة إلى إظهار التعارف بين الحد والتعزير ، وبنقص الواحد يقع التعارف .

م: (وفي هذه الرواية) ش: أي رواية القدوري - رحمه الله - ، وهي رواية «الجامع الصغير» أيضًا م: (نقص خمسة ، وهو مأثور) ش: أي مروي م: (عن علي - رضي الله عنه -) ش: أي ابن أبي طالب - رضي الله عنه - ، وهذا غريب .

وذكره البغوي في «شرح السنة» عن ابن أبي ليلى - رحمه الله - ، ولم يتعرض أحد من الشراح إلى بيان أصل هذا عن علي - رضي الله عنه - م: (فقلده) ش: أي فقلد أبو يوسف - رحمه الله - عليًا - رضي الله عنه - م: (ثم قدر الأدنى في الكتاب) ش: أي قدرالقدوري - رحمه الله - أدنى التعزير في «مختصره» م: (بثلاث جلدات ، لأن ما دونها لا يقع به الزجر) ش: .

م: (وذكر مشايخنا) ش: في شروح الجامع الصغير م: (أن أدناه) ش: أي أدنى التعزير م: (على ما يراه الإمام يقدر) ش: يجتهد في ذلك ، وتقديره م: (بقدر ما يعلم أنه ينزجر ،لأنه) ش: أي لأن التعزير م: (يختلف باختلاف الناس) ش: لأن الناس يتعاونون ، فواحد ينزجر بأدنى ضربات ويعتبر به ، ولا ينزجر بأحيان ذلك الآخر . وروي مثل ذلك عن أبي حنيفة - رحمه الله - ، ولهذا قال في «الأجناس » قال أبو حنيفة رحمه الله - في التعزير إن رأى القاضي أن يحبسه ولا يضربه فعل ذلك ، وهو إلى الولي يعمل فيه برأيه ، وعلى الوالي أن يجتهد في ذلك .

وعن أبي يوسف -رحمه الله- أنه على قدر عظم الجرم وصغره، وعنه أنه يقرب كل نوع من بابه فيقرب اللمس والقبلة من حد الزنا والقذف بغير الزنا من حد القذف . قال : وإن رأى الإمام أن يضم إلى الضرب في التعزير الحبس فعل ، لأنه صلح تعزيراً ، وقد ورد الشرع به في الجملة ، حتى جاز أن يكتفى به ، فجاز أن يضم إليه

م: (**وعن أبي يوسف - رحمه الله - أنه**) ش: أي روي عن أبي يوسف - رحمه الله - أن التعزير م: (**على قدر عظم الجرم وصغره**) ش: هذه رواية أبي سليمان بإملائه ، ذكره الناطفي في كتاب « الأجناس » . قال أبو يوسف - رحمه الله - التعزير على قدر عظم الجرم وصغره ، وعلى قدر ما يرى الحاكم في ذلك ، وعلى قدر احتمال المضروب ، لضعف بدنه يتحرى في ذلك .

وقال في «نوادر ابن رستم» عن محمد - رحمه الله - في الرجل شتم الناس إن كان له مروءة وعظ ، وإن كان دون ذلك حبس ، وإن كان سامًا ضرب وحبس . قال : والمروءة عندي في الدين والصلاح . قال في «خلاصة الفتاوى» : سمعته من ثقة أن التعزير بأخذ المال إن رأى القاضي أو الوالي جاز ، ومن جملة ذلك رجل لا يحضر الجماعة يجوز تعزيره بأخذ المال ، إلى هنا لفظ «الخلاصة» .

م: (**وعنه**) ش: أي وعن أبي يوسف - رحمه الله - م: (**أنه يقرب كل نوع من بابه**) ش: أي يقرب كل نوع من باب الجرم في باب التعزير ، ويوضح ذلك بقوله م: (**فيقرب اللمس والقبلة من حد الزنا**) ش: يعني يعزر في اللمس الحرام والقبلة الحرام أكثر جلدات التعزير م: (**والقذف بغير الزنا**) ش: أي يقرب القذف بغير الزنا ، لقوله يا كافر ، ويا خبيث م: (**من حد القذف**) ش: فيضرب أقل جلدات التعزير .

وفي «شرح الأقطع» : لو شهدوا عند الإمام على أحد أنه قبل أجنبية أو لها رومي ، أي شجاع عن أبي يوسف - رحمه الله - أنه على قدر ما يراه الإمام في كل نوع فانقذف بغير الزنا يقرب من حد القذف أو شرب الخمر من شرب الخمر والوطء فيما دون الفرج يقرب من حد الزنا يعتبر كل شيء بموجده .

م: (**وإذا رأى الإمام أن يضم إلى الضرب في التعزير الحبس فعل ، لأنه**) ش: أي الحبس م: (**صلح تعزيراً ، وقد ورد الشرع به في الجملة**) ش: أي الحبس . وروى الترمذي - رحمه الله - حدثنا علي بن سعيد الكندي وقال حدثنا ابن المبارك عن معمر عن بهز بن حكيم عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ حبس رجلاً في تهمة ثم خلى عنه[(١)] م: (**حتى جاز أن يكتفى به**) ش: أي الحبس م: (**فجاز أن يضم إليه**) ش: أي يضم الحبس إلى الضرب .

---

(١) أبو داود [٣٦٣٠] ، الترمذي [١٤٥٠] ، النسائي [٤٥٣١] ، الحاكم في المستدرك [٤/ ١٠٢] .

ولهذا لم يشرع في التعزير بالتهمة قبل ثبوته ، كما شرع في الحد ؛ لأنه من التعزير . قال : وأشد الضرب التعزير ، لأنه جرى التخفيف فيه من حيث العدد فلا يخفف من حيث الوصف ، كيلا يؤدي إلى فوات المقصود ، ولهذا لم يخفف من حيث التفريق على الأعضاء . قال : ثم حد الزنا لأنه ثابت بالكتاب

م: (**ولهذا**) ش: الإيضاح أن الحبس يصلح للتعزير فيما يجب فيه التعزير م: (**لم يشرع**) ش: أي الحبس م: (**في التعزير بالتهمة**) ش: أي بسبب التهمة م: (**قبل ثبوته**) ش: بأن شهد شاهدان مستوران على أنه قذف محصنًا ، فقال : يا فاسق أو يا كافر فلا يحسب التهم قبل تعزير الشهود م: (**كما شرع**) ش: أي الحبس م: (**في الحد**) ش: بسبب التهمة ، لأن في باب الحد شيئًا آخر فوق الحبس ، وهو إقامة الحد عند وجود موجبه ، فيجوز أن يحبس في تهمة لتناسب إقامة العقوبة الأدنى بمقابلة الذنب الأدنى . وفي باب الأموال والتعزير لا يحبس بالتهمة لأن الأقصى فيهما عقوبة الحبس ، فلو حبست بالتهمة فيهما لكان إقامة التوبة الأعلى مقابلة الذنب الأدنى ، وهو مما يأباه الشرع م: (**لأنه**) ش: أي لأن الحبس م: (**من التعزير**) ش: والتعزير لم يشرع بالتهمة لما ذكرنا . م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**وأشد الضرب التعزير ، لأنه جرى التخفيف فيه من حيث العدد ، فلا يخفف من حيث الوصف كيلا يؤدي إلى فوات المقصود**) ش: هو الزجر . واختلف المشايخ في شدته ، قال في «شرح الطحاوي» : وقال بعضهم وهو المجمع في عضو لجمع الأسواط في عضو واحد ، ولا يفرق على الأعضاء بخلاف سير الحد .

وقال بعضهم : لا بل شدته في الضرب لا في الجمع . وقال أحمد - رحمه الله- أشد الضرب ضرب الزاني ، ثم حد القذف ثم التعزير . وقال مالك - رحمه الله - كلها سواء . وقال الحاكم - رحمه الله - : في «الكافي» وضرب التعزير أشد من ضرب الزنا ، وضرب الزاني أشد من ضرب الشارب ، وضرب الشارب أشد من ضرب القاذف ، وضرب القاذف أحق من جميع ذلك ، ويجوز في سائره ، إلا أن في حد القذف فإنه يضرب وعليه ثيابه .

م: (**ولهذا**) ش: أي ولكون التخفيف في التعزير من حيث العدد دون الوصف م: (**لم يخفف من حيث التفريق على الأعضاء ، قال**) ش: لأنه جرى النقصان من حيث العدد ، فلو جرى التخفيف من حيث التفريق لفات المقصود ، وهو الزجر . وذكر في «المبسوط» : ولهذا يجرد ويعزر في إزار واحد . وعند الأئمة الثلاثة حكم ضرب التعزير حكم ضرب الزنا ، وذكر في «المحيط» أن محمداً -رحمه الله - ذكر في حدود الأصل أن التعزير يفرق على الأعضاء ، ولا يضرب العضو الذي لا يضرب في الزنا . وذكر في أشربة الأصل يضرب التعزير في موضع واحد .

م: (**ثم حد الزنا**) ش: أي أشد من ضرب الشارب م: (**لأنه ثابت بالكتاب**) ش: والسنة ، وسببه وهو الزنا من أعظم الذنوب ، ولهذا شرع فيه أعظم العقوبات ، وهو الرجم .

وحد الشرب ثبت بقول الصحابة -رضي الله عنه- ولأنه أعظم جناية حتى شرع فيه الرجم ، ثم حد الشرب ، لأن سببه متيقن به ، ثم حد القذف لأن سببه محتمل لاحتمال كونه صادقاً ، ولأنه جرى فيه التغليظ من حيث رد الشهادة فلا يغلظ من حيث الوصف . ومن حده الإمام أو عزره فمات فدمه هدر . لأنه فعل ما فعل بأمر الشرع ، وفعل المأمور لا يتقيد بشرط السلامة كالفصاد والبزاغ . بخلاف الزوج إذا عزر زوجته ، لأنه مطلق فيه والإطلاقات تتقيد بشرط السلامة كالمرور في الطريق .

م: (**وحد الشرب ثبت بقول الصحابة - رضي الله عنهم -**) ش: فلذلك كان ضرب دون ضرب الزنا فوق ضرب القذف م: (**ولأنه**) ش: أي ولأن الزنا م: (**أعظم جناية ، حتى شرع فيه الرجم ثم حد الشرب ، لأن سببه**) ش: وهو شرب الخمر م: (**متيقن به**) ش: لأنه ثابت يقينًا بالبينة م: (**ثم حد القذف ، لأن سببه محتمل لاحتمال كونه**) ش: أي كون القاذف م: (**صادقًا**) ش: في قذفه ولا يقدر على إثبات زنا المقذوف ، لأنه قل ما يحصل من يشهد على فعل المقذوف كالميل في المكحلة .

م: (**ولأنه جرى فيه**) ش: أي في حد القذف م: (**التغليظ من حيث رد الشهادة ، فلا يغلظ من حيث الوصف**) ش: فلا يغلظ بشدة الضرب وحد القذف أحق في الجمع ، لأن شارب الخمر قل ما يخلو عن القذف ، فيصير كل شارب جامعًا بين الشرب والقذف ، فيتحقق منه جنايتان ومن القاذف جناية واحدة ، فلهذا كان ضربه أحق من ضرب الشارب وإن كان منصوصًا عليه .

م: (**ومن حده الإمام أو عزره فمات فدمه هدر**) ش: يعني لا يجب شيء على الإمام على بيت المال ، وبه قال أحمد ومالك - رحمهما الله - ، إلا أن مالكًا قال : إذا ضربه تعزيراً مثله لا يضمن . وقال الشافعي - رحمه الله - يضمن . وفي محل الضمان قولان ، أحدهما في بيت المال ، والثاني على عاقلة الإمام هكذا ذكره الكاكي رحمه الله - خلافه وقال الأترازي - رحمه الله - أما هدر الدم في الحد - فبالإجماع .

وأما في التعزير فقد قال الشافعي - رحمه الله - : يضمن في ماله وفي قوله : في بيت المال م: (**لأنه**) ش: أي لأن الإمام م: (**فعل ما فعل بأمر الشرع وفعل المأمور لا يتقيد بشرط السلامة كالفصاد**) ش: الذي يقصد م: (**والبزاغ**) ش: بفتح الباء الموحدة وتشديد الزاء ، وفي آخره غين معجمة من بزغ البيطار الدابة من باب منع ، أي أسال دمها من قوائمها واسم الحديدة التي يفعل بها ذلك «المبزغ» بكسر الميم ، وهو كمشرط الحجامة ، وهذا إذا لم يتجاوز الموضع المعتاد فمات أو المبزوغ المقصود لا يلزم الضمان ، كذا هنا .

م: (**بخلاف الزوج إذا عزر زوجته**) ش: فماتت يجب عليه ضمان الدية م: (**لأنه مطلق فيه**) ش: أي مباح فعله م: (**والإطلاقات تتقيد بشرط السلامة**) ش: فإذا فاتت السلامة يلزم الضمان م: (**كالمرور في الطريق**) ش: والاصطياد إذا أتلف من ذلك الوجه شيء يلزم الضمان بكونه مقيداً

وقال الشافعي -رحمه الله- تجب الدية في بيت المال ، لأن الإتلاف خطأ فيه إذ التعزيرللتأديب ، غير أنه تجب الدية في بيت المال ، لأن نفع عمله يرجع إلى عامة المسلمين ، فيكون الغرم في مالهم قلنا لما استوفى حق الله بأمره صار كأن الله أماته من غير واسطة ، فلا يجب الضمان .

بشرط السلامة .

بخلاف ما لو جامع امرأته فماتت أو أفضاها حيث لا يضمن عند أبي حنيفة - رحمه الله - وأبي يوسف - رحمه الله -ذكره في « المحيط » مع أنه مباح ، فينبغي أن يتقيد بشرط السلامة ، لأنه ضمن المهر للجماع ، فلو وجبت الدية يجب ضمانان بمقابلة فعل واحد ذكر الحاكم - رحمه الله -لا يضرب امرأته على ترك الصلاة ، ويضرب ابنه على تركها .

والمعلم إذا أدب الصبي فمات منه يضمن عندنا ، وقال مالك وأحمد - رحمهما الله - لا يضمن الزوج ولا المعلم في التعزير ولا الأب في التأديب والحد والوطء إذا ضربه ضربًا معتاداً . ولو ضربه ضربًا شديداً لا ضرب مثله في التأديب يضمن بإجماع الفقهاء - رحمهم الله - .

م: (**وقال الشافعي - رحمه الله - تجب الدية في بيت المال**) ش: يعني في مسألة الإمام إذا حد وعزره فمات ، وقد مر الكلام فيه م: (**لأن الإتلاف خطأ فيه ، إذ التعزير للتأديب ، غير أنه تجب الدية في بيت المال** ، لأن نفع عمله) ش: أي عمل الإمام م: (**يرجع إلى عامة المسلمين، فيكون الغرم**) ش: أي غرامة الضمان م: (**في مالهم**) ش: أي في مال المسلمين .

م: (**قلنا لما استوفى**) ش: أي الإمام م: (**حق الله تعالى بأمره صار كأن الله أماته من غير واسطة**) ش: جلد الجلاد ، وإذا كان الأمر كذلك م: (**فلا يجب الضمان**) ش: .

فروع : يصح في التعزير الشهادة على الشهادة ، وشهادة النساء مع الرجال [. . . .] ، لأنه من حقوق العباد والله تعالى أعلم .

تم المجلد السادس من تجزئة المحقق

يليه المجلد السابع أوله كتاب السرقة

* * *

فهرس المحتويات

كتاب العتاق

كتاب الأيمان

كتاب الحدود